

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**DO CONTROLE DE LEGALIDADE DOS ATOS DO
CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS**

VINÍCIUS FOX DRUMMOND CANÇADO TRINDADE

**BRASÍLIA
JULHO DE 2012**

VINÍCIUS FOX DRUMMOND CANÇADO TRINDADE

DO CONTROLE DE LEGALIDADE DOS ATOS DO CONSELHO DE
SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
de Brasília, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. George Rodrigo Bandeira
Galindo

Brasília
2012

A meus pais.

RESUMO

O Conselho de Segurança conta com amplos poderes conferidos pela Carta das Nações Unidas para a manutenção da paz e segurança internacionais, os quais se estenderam ainda mais a partir da década de 1990, com a adoção de novas medidas coercitivas. A ampliação dos poderes do Conselho de Segurança foi recebida com preocupação pela comunidade internacional, em vista de sua natureza pouco representativa, anacrônica e métodos de trabalho pouco transparentes. A ONU, como sujeito de direito internacional, vincula-se ao seu instrumento constituinte e ao direito internacional geral. Enquanto a Corte Internacional de Justiça não se arroga a função de controle no sistema das Nações Unidas, outras jurisdições, externas a este sistema, têm preenchido tal lacuna com fundamento no direito internacional geral, no direito internacional dos direitos humanos e nas constituições nacionais. Assim, a comunidade internacional tem caminhado em direção à instituição de um sistema *difuso* de controle *incidental* de legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: controle de legalidade; Conselho de Segurança, jus cogens, Carta da ONU, tribunais internacionais e nacionais..

ABSTRACT

The Charter of the United Nations conferred broad powers to the Security Council for the maintenance of international peace and security, which were further extended in the 1990s with the adoption of new coercive measures. The international community received with concern the expansion of the powers of the Security Council, given its unrepresentative and anachronistic nature, as well as the lack of transparency of its working methods. The UN, as a subject of international law, is bound by its constituent instrument and general international law. While the International Court of Justice does not attribute itself with powers of judicial review within the United Nations system, other jurisdictions external to that system have filled this gap under rules of general international law, international human rights law and constitutional law. Therefore, the international community is moving towards the establishment of a *diffuse* system of *incidental* judicial review.

KEY WORDS: judicial review; Security Council; jus cogens; UN Charter; international and domestic tribunals.

Índice de Siglas

AGNU – Assembleia Geral das Nações Unidas

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos

CEJ – Corte Europeia de Justiça

CEPI – Corte Europeia de Primeira Instância

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CSNU – Conselho de Segurança das Nações Unidas

CVDT – Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados

ONU – Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

1. Introdução – p. 8
 2. O Conselho de Segurança precisa de um controle de legalidade? – p. 10
 - 2.1. Teoria e pragmatismo: entre legitimidade e eficiência – p. 10
 - 2.2. Desigualdade, legalidade e legitimidade – p. 14
 3. Limites ao Conselho de Segurança: a Carta das Nações Unidas – p. 17
 - 3.1. Do exercício de seu mandato: abusos e omissões do Conselho de Segurança – p. 17
 - 3.1.1. Do abuso de poder – p. 18
 - 3.1.2. Da omissão – p. 20
 - 3.2. Dos limites formais – p. 23
 - 3.3. Dos limites materiais – p. 24
 - 3.3.1. Propósitos e princípios das Nações Unidas – p. 24
 - 3.3.2. Os casos da Bósnia, Iraque e Haiti – p. 28
 - 3.4. Obstáculos ao controle de legalidade no sistema das Nações Unidas – p. 31
 - 3.4.1. Artigos 24 e 103 da Carta: óbices transponíveis – p. 31
 - 3.4.2. Avaliação da jurisprudência no sistema das Nações Unidas – p. 32
 4. Limites ao Conselho de Segurança: direito internacional geral – p. 37
 - 4.1. Direito internacional dos direitos humanos e normas de *jus cogens* – p. 37
 - 4.2. As jurisprudências da Corte Europeia de Primeira Instância e da Corte Europeia de Justiça – p. 41
 - 4.3. Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos – p. 43
 - 4.4. Jurisprudência do juiz interno – p. 46
 - 4.4.1. Reino Unido – p. 46
 - 4.4.2. Canadá – p. 49
 - 4.4.3. Estados Unidos da América – p. 51
 - 4.4.4. Bélgica e Holanda – p. 53
 - 4.4.5. Suíça – p. 54
 - 4.4.6. Turquia e Paquistão – p. 55
 - 4.4.7. Outros países – p. 56
 - 4.5. Abertura condicional entre sistemas: paralelo entre a doutrina *Solange* e o cenário atual – p. 56
 5. Conclusão: controle incidental e difuso em um sistema descentralizado – p. 60
- Bibliografia – p. 64

1. Introdução

As Nações Unidas atribuíram-se o propósito de “manter a paz e segurança internacionais (...) em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional”.¹ Ao Conselho de Segurança das Nações Unidas (“CSNU”) conferiu-se a “principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais”,² a qual deve ser exercida “de acordo com os Propósitos e Princípios das Nações Unidas”.³ Na função de principal órgão de manutenção da segurança internacional, o CSNU conta com amplos poderes conferidos pelo capítulo VII da Carta das Nações Unidas, tendo até mesmo a faculdade de tomar medidas coercitivas contra qualquer Membro das Nações Unidas. A Carta das Nações Unidas (“Carta”) não indica com precisão os limites do poder discricionário do CSNU, razão pela qual se revestem de grande importância os seus trabalhos preparatórios (*travaux préparatoires*).

Segundo o esquema original da Carta, segurança e legalidade deveriam caminhar em estrita consonância, como requisito fundamental para a consagração do estado de direito na comunidade internacional. Contudo, a partir década de 1990, os poderes do CSNU ampliaram-se em proporção significativa. Diante desse quadro, iniciou-se o questionamento doutrinário acerca da legalidade de certos atos do CSNU. Tribunais internacionais, regionais e internos passaram a ser chamados para interpretar resoluções e averiguar a sua compatibilidade com a Carta, o direito internacional geral e os direitos fundamentais internos.

Em vista das diferentes soluções encontradas pelos tribunais, surge a pergunta central, a saber: qual é o parâmetro que deve ser adotado no exercício do controle das resoluções do CSNU? É o direito das Nações Unidas, isto é, o quadro constitucional imposto pela Carta das Nações Unidas? Ou o parâmetro é mais universal, abarcando normas de direito internacional geral? Parece-nos que o fundamento jurídico que permite valorar a legitimidade das decisões do CSNU é o artigo 24 da Carta das Nações Unidas. Essa norma outorga ao Conselho a responsabilidade primordial de manutenção da paz e segurança internacionais, em consonância com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Sendo assim, os artigos 1º e 2º da Carta adquirem dupla função, pois, por um lado, estabelecem a razão de ser das Nações Unidas, e, por outro, impõem restrições jurídicas à atuação do CSNU.

¹ CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, Artigo 1º.

² *Ibid*, artigo 24(1).

³ *Ibid*, artigo 24(2).

Nossa hipótese é que, além dos limites inerentes à Carta, o direito internacional geral também estabelece limites ao CSNU. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (“CVDT”) consagrou, no direito internacional, o caráter inderrogável das normas de jus cogens. Assim, conforme o artigo 53 da CVDT, todo tratado que for incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral será nulo. As resoluções dos órgãos políticos das Nações Unidas, como direito derivado da Carta das Nações Unidas, não podem entrar em contradição com as normas de jus cogens.

2. O Conselho de Segurança das Nações Unidas precisa de um controle de legalidade?

“É uma experiência eterna a de que todo homem que detenha o poder seja habilitado a abusá-lo, até que encontre limites”.⁴ A luta contra a arbitrariedade do poder ilimitado transcendeu, no século XXI, ao nível internacional, no qual a preeminência do direito e a separação dos poderes ainda não foram suficientemente estabelecidos. É imprescindível que o processo de democratização, já consolidado em tantas sociedades nacionais e em curso em várias outras, alcance também as estruturas dos organismos internacionais.

A democracia, transposta ao plano internacional, reclama maior transparência na tomada de decisões dos órgãos internacionais. É significativo que o ex-Secretário Geral das Nações Unidas, Boutros Boutros-Ghali, tenha reconhecido, em sua *Agenda para a Paz* (1995), a necessidade de prevalência da democracia não só no plano interno, mas também na Organização das Nações Unidas.⁵

Nesse contexto, a presente seção propõe-se a responder a seguinte pergunta: é necessário ou desejável um controle de legalidade sobre os atos do CSNU? Trata-se de uma questão que tem recebido tratamento político e jurídico, sendo muitas vezes abordada pela dicotomia entre *eficiência* e *legitimidade*.

2.1. Teoria e pragmatismo: entre legitimidade e eficiência

O debate a respeito do controle de legalidade no seio das Nações Unidas é dividido por duas correntes dominantes, quais sejam, a dos realistas e a dos constitucionalistas. A primeira concebe as Nações Unidas como um sistema de segurança coletiva, desenvolvido para manter a ordem e o *status quo* internacional. Para os realistas, a determinação de uma ameaça à paz e segurança internacionais é prerrogativa exclusiva do CSNU, que perderia eficiência caso fosse submetido a um sistema de controle de legalidade.

Nesse entendimento, o principal objetivo das Nações Unidas não é o de promover a *justiça internacional*, mas sim o de manter e restabelecer a *ordem*,

⁴ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*, vol. 1. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 2005, livro XI, capítulo IV.

⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; CASTRO, Marcus Faro de. *A sociedade democrática no final do século*. Brasília: Paralelo 15, p. 48.

conforme os termos do artigo 39 da Carta.⁶ Sendo assim, as Nações Unidas devem constituir um sistema político com liberdade e flexibilidade suficientes para a manutenção da ordem internacional, tornando incompatível qualquer esquema de freios e contrapesos (*checks and balances*) no seu interior.

Em contraste, os constitucionalistas sustentam que a Carta estabeleceu um esquema institucional baseado no direito internacional, o que possibilita a instituição de mecanismos de freios e contrapesos nas Nações Unidas. Estes argumentam que os Estados Membros delegaram poderes ao CSNU e criaram um quadro constitucional vinculante não apenas a eles, mas também aos órgãos das Nações Unidas.

Assim, os constitucionalistas concordam que o CSNU retém ampla discricionariedade no exercício de suas funções, mas alertam que tal discricionariedade deve ser exercida dentro dos limites constitucionais da Carta. Nesse sentido, uma parte dos constitucionalistas defende que a CIJ deveria exercer a função de controle do CSNU, na sua condição de principal órgão judiciário das Nações Unidas.⁷

Ambas as correntes reconhecem a importância do direito internacional, mas divergem quanto à sua função. Enquanto os realistas enfatizam a função do direito em assegurar um sistema político capaz de manter a ordem internacional e tornar as decisões do CSNU efetivas, os constitucionalistas vão além, ressaltando também a instrumentalidade do direito em restringir os poderes do CSNU.

Além do debate teórico, há argumentos de natureza prática contrários à realização do controle de legalidade. Em geral, estes se preocupam em preservar a eficiência do CSNU e a eficácia de suas decisões, alegando que os demais órgãos das Nações Unidas têm a obrigação jurídica de cooperar com as suas decisões, e não de revisá-las. Segundo esse entendimento, o controle de legalidade poderia frustrar os esforços do CSNU em buscar soluções pacíficas para controvérsias internacionais, levando ao agravamento das situações de conflito, ao invés de contribuir para o seu apaziguamento. Além disso, sustenta-se que a mera existência de um mecanismo de controle poderia levar Estados recalcitrantes a utilizá-lo como pretexto para descumprir resoluções obrigatórias do CSNU. Por fim, argumenta-se que o exame dos trabalhos preparatórios da Carta demonstra a ausência de vontade em instituir

⁶ WERNER, Wouter G. *Securitization and judicial review: a semiotic perspective on the relation between the Security Council and international judicial bodies*. *International Journal for the Semiotics of Law*, n. 14, 2001, p. 355.

⁷ *Ibid.*, p. 357.

mecanismos de controle sobre o CSNU – o que supostamente se pode concluir a partir da rejeição completa de emendas propostas nesse sentido.⁸

Esses argumentos pragmáticos têm sido refutados, a começar, pelo fato de a obrigação de cooperar ser aplicável a todos os órgãos das Nações Unidas, inclusive ao CSNU, o que o insere no mesmo nível hierárquico que os demais. Em seguida, porque é possível depreender, a partir do estudo dos trabalhos preparatórios da Carta, que sempre houve um interesse significativo em controlar a legalidade dos atos do CSNU, mas que tal interesse nunca contou com o respaldo das grandes potências.⁹ Assim, não se pode afirmar que houve ausência de vontade; pelo contrário, as opiniões eram tão divergentes que não foi possível lograr um acordo nem sobre a instituição de um mecanismo de controle nem sobre a de um regime livre desprovido de controle. A questão foi simplesmente postergada. E aquele mesmo argumento acerca da eficiência do CSNU e da efetividade de suas decisões, apresentado pelos realistas, pode alcançar conclusões diferentes se visto sob outro prisma. Senão vejamos.

Em várias jurisdições nacionais o controle de legalidade foi instituído para conferir legitimidade e segurança jurídica às decisões políticas. Com efeito, um dos objetivos gerais do controle de legalidade é legitimar a discricionariedade política, uma vez que sujeita a legalidade dos atos de órgãos políticos à revisão judicial – supostamente independente e imparcial. Nesse contexto, a falta de transparência do CSNU, bem como a ausência de fundamento (*ratio decidendi*) em suas resoluções, agrava a percepção de que este órgão não tem sido capaz de representar os interesses da comunidade internacional. De fato, os debates e decisões que ocorrem no seu interior são meras formalidades, porquanto confirmam o que já foi decidido em consultas secretas entre pequenos grupos, para as quais não há registros ou atas.¹⁰

O argumento segundo o qual o controle de legalidade poderia ser utilizado como pretexto para descumprir resoluções obrigatórias do CSNU é falacioso. Pelo contrário, como veremos ao longo deste trabalho, a percepção de que certas resoluções são visivelmente ilícitas tem levado Estados a não as implementar em nível nacional. Como o sistema das Nações Unidas não tem exercido o controle de legalidade sobre o CSNU, os Estados Membros e outras organizações internacionais o tem feito, por meio de tribunais regionais e nacionais.

⁸ SCHWEBEL e REISMAN *apud* WET, Erika de. **The chapter VII powers of the United Nations Security Council**. Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 74-75.

⁹ JOUANNET, E. **Les travaux préparatoires de la Charte des Nations Unies**. COT, J.; PELLET, A. (eds). *La Charte des Nations Unies: commentaire article par article*. Paris: Economica, 2005, p. 1-24.

¹⁰ WET, Erika de. **The chapter VII powers of the United Nations Security Council**. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 108.

Em vista da ausência de métodos judiciais de controle de legalidade, alguns Estados já recorreram a meios políticos para pressionar o CSNU a revogar resoluções consideradas abusivas. É ilustrativo o caso dos Estados Membros da Organização da Unidade Africana (“OUA”), que, em 10 de junho de 1998, recusaram-se, em bloco, a implementar as resoluções 748 (1992) e 883 (1993) do CSNU, por considerá-las ilícitas e excessivamente gravosas ao povo líbio. Dois meses depois, o CSNU, isolado, resolveu pôr termo a tais resoluções, favorecendo a uma solução diplomática para a controvérsia relativa à extradição dos suspeitos do atentado de *Lockerbie*.¹¹

No mesmo sentido, a Índia apresentou formalmente reservas à resolução 1540 (2004) – que trata da não proliferação de armas de destruição em massa –, pouco antes de sua adoção pelo CSNU. Essa controversa resolução marcou, conjuntamente com a resolução 1373 (2001), o início da fase legislativa do CSNU, na qual se passou a adotar resoluções vinculantes a todos os Estados, por períodos indeterminados de tempo e em situações abstratas de ameaça à paz. A Índia rejeitou essa função legislativa do CSNU, sustentando que os princípios de direito internacional não permitem que novas obrigações vinculem Estados sem prévio consentimento. O Paquistão também foi enfático ao declarar que o CSNU, composto de apenas 15 Estados, não é um órgão representativo e portanto não está apto a legislar para a comunidade internacional.¹²

Com efeito, parece pouco adequado que o CSNU tenha poderes legislativos, no sentido de poder adotar normas de caráter geral e abstrato. A começar, o CSNU é um órgão pouco transparente, o que pode ser visto no processo que antecedeu a adoção das resoluções 1373 e 1540, marcado por reuniões secretas entre os cinco membros permanentes. Em segundo lugar, e talvez mais importante, o CSNU não é uma instituição representativa e democrática, especialmente em vista do poder de veto dos cinco membros permanentes, que representam apenas parte da comunidade internacional.¹³

O caráter político do CSNU, conjugado com seus amplos poderes discricionários e práticas seletivas e casuísticas – exercidas mediante *double standards* –, fazem da sua atividade legislativa um motivo de preocupação,

¹¹ TSHIBANGU, KALULU. *La décision de l’OUA de ne plus respecter les sanctions décrétées par l’ONU contre la Libye: désobéissance civile des états africains à l’égard de l’ONU*. In: *Revue belge de droit international*, vol. 32, 1999, pp. 545-576.

¹² MARSCHIK, A. *Legislative Powers of the Security Council*. In: *Towards World Constitutionalism: issues in the legal ordering of the world community*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2005, pp. 478-481.

¹³ ELBERLING, Björn. *The ultra vires-character of legislative action by the Security Council*. In: *International Institutional Reform: 2005 Hague joint Conference on Contemporary issues of International Law*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2007, pp. 49-56.

especialmente se tais poderes não estão sujeitos a limites claros. Esse quadro constitucional, ambíguo e ainda pouco consolidado, torna o CSNU vulnerável à hegemonia de um pequeno grupo de Estados.

2.2. Desigualdade, legalidade e legitimidade

Quando criada, as Nações Unidas contavam com 51 Estados Membros e um CSNU composto por 11; atualmente, com 193 Estados Membros na Organização, o CSNU é composto por 15 membros. Nesse sentido, o CSNU tem se tornado anacrônico, porquanto segue mantida a configuração política de 1945 em um mundo agora multipolar, onde surgem potências emergentes e o poder se encontra em fase de realinhamento. Se o CSNU permanecer anacrônico durante longo tempo, talvez países e blocos regionais deixem de respeitar suas decisões.

A percepção de ilegitimidade do CSNU é patente em sua composição: cinco membros permanentes detêm o poder de veto e dez membros são eleitos por mandatos de dois anos. No total, seis Estados representam a Europa (quatro a Europa Ocidental e dois a Oriental), um a América do Norte, três a Ásia, três a África e dois a América Latina. Em termos mais amplos, são sete Estados representando o Norte – dos quais quatro são membros permanentes –, o que corresponde a cerca de 18% da população mundial.¹⁴

Além da falta de representatividade, o poder de veto representa outro obstáculo para a democratização do CSNU. A simples aceitação de que algumas potências devem ser membros permanentes já revela *per se* o reconhecimento de um status diferenciado entre os Estados. É preocupante notar o quão consolidada está a desigualdade *de jure* no seio das Nações Unidas: qualquer tentativa de revisão da Carta – seja para alterar a composição do CSNU seja para modificar os seus poderes – está sujeita ao veto dos membros permanentes, que certamente não estão dispostos a abrir mão desse privilégio discriminatório.

Diante desse quadro anacrônico e injusto, o controle de legalidade nas Nações Unidas pode conferir maior legitimidade às decisões do CSNU, pois submeteria este órgão ao *rule of law*, impondo-lhe limites e conferindo maior segurança jurídica ao sistema internacional. Além disso, o controle de legalidade pode favorecer a abertura

¹⁴ Informação disponível em: <http://www.prb.org/Publications/Datasheets/2008/2008wpds.aspx>. Acesso em 10 de julho de 2011.

do processo de tomada de decisões, criando para o direito das Nações Unidas um espaço de discussão e transformação.

O direito internacional tem um papel fundamental na sustentação de estruturas desiguais de poder, patentes na divisão mundial entre Norte e Sul. É possível observar estruturas de dominação quando as relações de poder são estabelecidas assimetricamente, de maneira reiterada e sistemática. Ou seja, quando agentes detêm o poder permanentemente, tornando-o inacessível a outros grupos, é possível falar em dominação. Atualmente o direito internacional não oferece muitas alternativas para a expansão da democracia nos órgãos decisórios das organizações internacionais.¹⁵ Ao contrário, o direito internacional tem congelado, no CSNU, o *status quo* que vigorava na metade do século passado, tornando inacessível aos Estados emergentes o poder decisório a respeito da paz e segurança internacionais.

As organizações internacionais têm o importante papel de sustentar uma determinada ideologia no direito internacional, pois determinam os assuntos em pauta, que serão debatidos multilateralmente.¹⁶ No caso do CSNU, sua agenda é claramente controlada pelos membros permanentes, conferindo maior visibilidade a situações que se coadunam com os seus interesses particulares. É provável que a democratização de instituições como o FMI, Banco Mundial, OMC e o CSNU dependa do aumento de transparência no processo de tomada de decisões e da efetividade do direito na responsabilização internacional das organizações internacionais.

Conforme assinalado na subseção anterior, a percepção de ilegitimidade do CSNU pode afetar a efetividade de suas decisões, tal como ocorreu com a OUA e vem ocorrendo no processo de repressão internacional do terrorismo.¹⁷ Se os atos do CSNU perderem a qualidade de *ação coletiva* para adquirirem a aparência de arbitrariedade das grandes potências, é possível que haja ausência de vontade política para incorporar suas resoluções ao direito interno, esvaziando-as de qualquer eficácia no plano nacional.

Em suma, a crescente percepção de ilegitimidade do CSNU emana de três situações. Em primeiro lugar, a sua composição pouco representativa tem contribuído para a imagem de dominação desse órgão por poucos Estados, que não representam

¹⁵ CHIMNI, B. S. **Third World Approaches to International Law: a Manifesto**. *International Community Law Review*, n. 8, 2006, pp. 3-27.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Cf. *infra*, seção 5.

os interesses comuns da comunidade internacional. Em segundo, a falta de transparência no processo de tomada de decisões (e.g. reuniões secretas, exercício do direito de veto, ausência de fundamentação e *double standards*) tem gerado a impressão de arbitrariedade do CSNU. Por fim, a ampliação dos poderes do CSNU e a adoção de resoluções controversas, com pouco ou nenhum fundamento na Carta, tem levado Estados a questionarem a licitude de seus atos e, em casos extremos, a recusarem a implementá-los.

Os poderes discricionários do CSNU derivam da Carta e, portanto, são regidos e limitados por este instrumento constituinte. Se a autoridade do CSNU deriva da Carta, não é logicamente possível exercer tais poderes discricionários e, ao mesmo tempo, afirmar que estão acima da lei.¹⁸ As duas próximas seções têm como objeto os limites da discricionariedade do CSNU: tentaremos apontar por quais parâmetros um eventual controle de legalidade sobre seus atos poderia ser realizado. Enquanto a seção 4 estudará os limites impostos pela Carta das Nações Unidas, a seção 5 abordará os limites impostos pelo direito internacional geral.

Cabe ressaltar que o tema da legalidade dos atos do CSNU não será abordado com base em analogias ao direito interno, no qual é perceptível a divisão dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário. No sistema das Nações Unidas, esta divisão não está clara; não há, no sentido técnico do termo, um órgão legislativo ou parlamento mundial. Ainda predomina a antiga concepção voluntarista do direito internacional, que o considera um sistema normativo descentralizado, no qual cada Estado vincula-se livremente às normas internacionais. Portanto, a legalidade dos atos do CSNU – que podem ter caráter executivo, legislativo e judicial – poderá ser melhor analisada com base em seu instrumento constituinte, a Carta, e no direito internacional geral.

¹⁸ JENNINGS *apud* ORAKHELASHVILI, Alexander. **The acts of the Security Council: meaning and standards of review.** *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 11, 2007, p. 147.

3. Limites ao Conselho de Segurança: a Carta das Nações Unidas

Embora o controle de legalidade dos atos do CSNU possa eventualmente ter um caráter político, a interpretação de um tratado – no caso, a Carta da ONU – é antes de tudo uma atividade jurídica. Em seus primeiros anos, a CIJ já havia ressaltado que os elementos políticos de um caso não podem privá-lo de uma solução jurídica, e que a natureza política de um órgão não o isenta da obrigação de observar as disposições estabelecidas pela Carta que constituem limitações a seus poderes.¹⁹

Segundo Alexander Orakhelashvili, a chave para a delimitação dos poderes do CSNU reside na sua natureza de órgão delegado. Assim, ao considerar o poder desse órgão em relação à comunidade internacional, é necessário ter em mente que o seu principal objetivo é a manutenção da paz e segurança internacionais. Esse objetivo deriva de normas específicas e concretas da Carta, que limitam a esfera de ação do CSNU.²⁰ É questionável, portanto, a desgastada dicotomia entre ordem e justiça, porquanto o processo de manutenção da paz e segurança internacionais é imbuído de uma esfera jurídica, circunscrita à Carta das Nações Unidas.

É possível identificar três critérios previstos na Carta para a realização do controle de legalidade sobre o CSNU, a saber: critérios quanto à competência do Conselho; critérios formais de direito processual; e critérios de direito material. A seguir, serão analisados tais critérios, ademais da esparsa jurisprudência que existe a esse respeito no sistema das Nações Unidas. Por fim, serão destacados os principais óbices, normativos e jurisdicionais, ao controle de legalidade dos atos do CSNU.

3.1. Do exercício de seu mandato: abusos e omissões do CSNU

O primeiro limite imposto pela Carta ao CSNU trata da sua competência para conhecer matérias e para aplicar os capítulos VI e VII. Caso o CSNU tome uma decisão que extrapole a sua competência prevista pela Carta, tal ato poderia ser qualificado como *ultra vires*. A violação de uma norma dessa natureza poderia ocorrer principalmente por eventuais abusos de poder. Outra possibilidade de violação da Carta seria no caso de omissão do CSNU em relação à sua principal responsabilidade na manutenção da paz e segurança internacionais, consagrada no artigo 24 da Carta.

¹⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Admission of a State to the United Nations*. *I.C.J. Reports*, 1948, p. 64.

²⁰ ORAKHELASHVILI, Alexander. *The acts of the Security Council: meaning and standards of review*. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 11, 2007, p. 147.

O artigo 34, capítulo VI, da Carta da ONU, parece investir o CSNU com uma ampla competência para conhecer quaisquer controvérsias suscetíveis de provocar atritos entre Estados. Nesse sentido, o artigo 35 prevê que os Estados – mesmo aqueles que não sejam Partes da ONU – poderão solicitar a atenção do CSNU para qualquer situação. No caso de ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, o artigo 39, capítulo VII, da Carta da ONU, confere ao CSNU amplos poderes coercitivos.

Serão abordadas, a seguir, as duas situações extremas nas quais os atos do CSNU seriam contrários ao seu mandato, quais sejam, o abuso de poder e a completa omissão. Por fim, será debatido quais são os parâmetros adequados para um eventual controle de legalidade em tais situações.

3.1.1. Do abuso de poder

O abuso de poder no CSNU pode se manifestar de duas maneiras, a saber: por meio do excesso de poder, no caso de extrapolação dos limites da competência que a Carta lhe atribuiu; ou pelo desvio de poder, quando o ato praticado visa a uma finalidade diversa daquela prevista pela Carta ao CSNU. Em ambos os casos os atos serão considerados *ultra vires*.

O CSNU tem ampla liberdade para investigar sobre qualquer controvérsia ou situação, conforme disposto no artigo 34 da Carta. Para os fins do capítulo VII, cabe ao CSNU decidir se determinada situação se enquadra nas hipóteses do artigo 39: ameaça à paz, ruptura da paz ou atos de agressão. Conforme mencionado acima, o cerne do problema é que a Carta não traz nenhum tipo de definição sobre o que é uma ameaça à paz, uma ruptura da paz ou um ato de agressão. O enquadramento de uma situação internacional em alguma dessas hipóteses é um processo puramente político, conduzido principalmente pelos membros permanentes. É notável o avanço logrado na Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, em 2010, ocasião na qual foi adotada uma definição para *atos de agressão*. Todavia, é pouco provável que esse evento seja capaz de mudar o *modus operandi* do CSNU.

É ilustrativo o caso *Lockerbie*, um contencioso entre a Líbia, Estados Unidos e Reino Unido em relação ao atentado terrorista contra o avião do voo 103 da Pan Am, em 21 de dezembro de 1988. Os Estados Unidos e o Reino Unido requisitaram à Líbia a extradição de seus dois nacionais responsáveis pelo atentado. A Líbia, no entanto, recusou a extraditá-los, com base na Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos

contra a Segurança da Aviação Civil (Convenção de Montreal), de 1971. Em um possível caso de desvio de poder, o CSNU aprovou – graças a fortes pressões dos Estados Unidos e Reino Unido – a resolução 748 (1992), sob a égide do capítulo VII, que qualificava a atitude da Líbia como uma ameaça à paz internacional e ordenava a extradição dos suspeitos e a renúncia ao terrorismo. Essa resolução previa uma série de sanções a serem aplicadas contra a Líbia enquanto a extradição não fosse realizada.

A questão central em *Lockerbie* é que a resolução 748 (1992) qualificou a recusa da extradição, quatro anos depois do atentado, como uma ameaça à segurança internacional, sem explicar com exatidão que ameaça iminente ou que quebra de segurança internacional decorria daquele ato. Em suma, era seriamente questionável o nexos causal entre a recusa da extradição e a ameaça à paz internacional. A Líbia levou essa questão à CIJ, diante da qual questionou, sem êxito, a legalidade da resolução 748. A solução do caso foi essencialmente diplomática e a CIJ optou por não se pronunciar sobre o assunto.

Igualmente ilustrativo é o caso *Tadić*, no qual a Câmara de Recursos (*Appeals Chamber*) do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (“TPII”) examinou a legalidade do seu próprio instrumento constitutivo, a resolução 827 (1993). Tadić, o recorrente, buscou atacar a legalidade dessa resolução com base nos seguintes argumentos: (i) que a criação do tribunal pelo CSNU extrapolou os limites do capítulo VII da Carta; e (ii) que o CSNU é constitucionalmente incompetente para criar um órgão judicial.

O Brasil, então membro do CSNU, também apresentou objeções à adoção da resolução 827 (1993). O principal argumento brasileiro era que a medida extrapolava a competência do CSNU, porquanto a sua autoridade não derivava de si mesmo, mas da Carta, o que o impedia de ampliar seus poderes por meio de resoluções próprias.²¹

Defrontado com a questão do excesso de poder do CSNU, o TPII declarou que a adoção da resolução 827 (1993) ocorreu em conformidade com o artigo 41 da Carta, como uma das medidas autorizadas pelo capítulo VII.²² Asseverou, no entanto, que os poderes do CSNU não são ilimitados, por se tratar de um órgão de uma organização internacional inserida no quadro constitucional da Carta. O TPII concluiu que os poderes do Conselho de Segurança não podem ir além dos limites da jurisdição da

²¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UN Doc. S/PV 3175, 1993, p. 6-7.

²² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Case of Prosecutor v. Dusko Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de outubro de 1995 (Appeals Chamber), p. 13.

organização nem entrar em conflito com o texto e espírito da Carta. Por fim, o TPII ressaltou que o artigo 24(2) prevê limites específicos para os poderes do CSNU.²³

É inegável a ampla discricionariedade do CSNU para enquadrar situações no artigo 39 da Carta e assim ampliar sua competência para a impor medidas coercitivas. Essa liberdade está prevista na Carta e remonta à Conferência de São Francisco, quando o projeto de um CSNU forte era a única alternativa oferecida pelas grandes potências. Contudo, como o TPII bem assinalou, trata-se de uma liberdade que encontra limites no quadro constitucional da Carta.

O problema é que *o quadro constitucional da Carta* não indica com muita segurança quais são os limites da competência do CSNU. Enquanto as hipóteses do artigo 39 não forem definidas ou especificadas pelo Direito das Nações Unidas, os limites ao abuso de poder do CSNU permanecerão inexatos, e caberá aos tribunais internacionais indicá-los. O TPII deu o primeiro passo.

3.1.2. Da omissão

Parece claro que a competência do CSNU abarca a obrigação positiva de assegurar a manutenção da paz e segurança internacionais, por meio de uma *pronta e eficaz ação*, conforme previsto no artigo 24 da Carta da ONU. Todavia, a história do CSNU está repleta de casos polêmicos, nos quais a sua ação foi simplesmente inexistente (omissão total), insuficiente (omissão parcial) ou tardia. Para essas três situações foram identificadas duas principais causas jurídicas, a saber: o uso do veto para a manutenção de áreas exclusivas de influência, e a não caracterização da ruptura ou ameaça à paz internacional.

O veto é um dos principais óbices à autorização do uso da força em questões emergenciais. Previsto no artigo 27 (3) da Carta, trata-se de uma prerrogativa dos cinco membros permanentes, que tem sido utilizada como instrumento de pressão política ou de salvaguarda de zonas de influência. São ilustrativos os casos do Kosovo (1998), quando a Rússia e China vetaram a autorização do uso da força pela OTAN, as intervenções militares em Suez (1956), o bloqueio contra Cuba (1962), as guerras árabe-israelense (1967, 1970), as intervenções na Hungria (1956) e Tchecoslováquia (1968), Afeganistão (1970), as ações paramilitares na América Central na década de 1980, os ataques israelenses ao Líbano (1982), o bombardeio na Líbia (1986), a

²³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Case of Prosecutor v. Dusko Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de outubro de 1995 (Appeals Chamber), p. 10.

invasão do Iraque (2003) e a guerra entre Geórgia e Rússia (2008). A grande contradição é que essas omissões do Conselho encontram respaldo jurídico na Carta (artigo 27), o que torna difícil de caracterizá-las como descumprimento de uma obrigação internacional.²⁴

Outra forma que o CSNU tem encontrado para se omitir, completa ou parcialmente, de situações de flagrante insegurança e ruptura da paz, é a não caracterização do conflito nos termos do artigo 39 da Carta. Entre os conflitos flagrantes que nunca foram qualificados como ameaça à paz, ruptura da paz ou atos de agressão, cabe destacar a guerra em Abjasia, na Geórgia, os massacres no Tadjiquistão (década de 1990), a guerra civil no Afeganistão, o conflito entre Reino Unido e Iêmen (1964), os ataques armados da África do Sul contra a República da Zâmbia (décadas de 1970 e 1980), os bombardeios israelenses a instalações nucleares no Iraque (1981) e diversas ações militares israelenses contra a população civil palestina (décadas de 1990 e 2000).²⁵

É possível depreender do artigo 24 da Carta que o CSNU tem a obrigação de tomar uma pronta e eficaz ação na sua responsabilidade pela manutenção da paz e segurança internacionais. Todavia, são numerosos os casos em que o CSNU agiu de maneira insuficiente ou tardia, como na Somália (1992), Ruanda (1994) e Srebrenica (1995). O genocídio em Ruanda ilustra bem essa questão. Naquela ocasião, o Secretário-Geral das Nações Unidas, Boutros Boutros-Ghali, que tanto apoiou o uso de forças coercitivas para impor um cessar-fogo no país, declarou que “todos nós somos responsáveis por esse desastre (...), [pois] houve um genocídio, e o mundo ainda está debatendo sobre o que deve ser feito”.²⁶ Não obstante o alerta do Relator Especial das Nações Unidas sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias e Arbitrárias, realizado um ano antes do genocídio, o CSNU adotou a resolução 912 (1994), que reduziu o contingente da UNAMIR (Missão de Assistência das Nações Unidas para Ruanda) para 270 soldados, sem poderes de coerção, com a simples missão de mediar um possível acordo entre as partes beligerantes. Vale mencionar que essa decisão foi tomada em 21 de abril de 1994, no auge da perpetração do genocídio. O CSNU relutou para não reconhecer a ocorrência de um *genocídio* em Ruanda, optando pelo

²⁴ DÍAZ, Maria Eugenia López-Jacoiste. *Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas – la legalidad de sus decisiones y el problema de su control*. Madri: Civitas Ediciones, 2003, p. 137.

²⁵ DÍAZ, Maria Eugenia López-Jacoiste. *Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas – la legalidad de sus decisiones y el problema de su control*. Madri: Civitas Ediciones, 2003, pp. 139-142.

²⁶ AKHAVAN, Payam. *Justice and reconciliation in the great lakes region of África: the contribution of the International Criminal Tribunal for Rwanda*. In: *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 7, 1997, pp. 330-331.

uso de eufemismos na resolução 912 (1994).²⁷ Nesse contexto, vale transcrever o pronunciamento do representante ruandês no CSNU:

“[T]he genocide the world witnessed in April 1994 was the result of a long period of planning during which pilot projects for extermination were successfully tested (...) The international community, through its diplomatic representatives and international organizations in Kigali as well as many reports by human rights organizations, was well aware of these massacres and cannot claim that it became cognizant of the situation only in the wake of the tragedy of April 1994”.²⁸

Tendo em vista o atual quadro jurídico-institucional das Nações Unidas, a única abertura que vislumbramos para uma possível solução desse problema é de ordem política, a ser exercida pela AGNU, sob a égide da resolução 377 (V), intitulada *Uniting for Peace*. Essa resolução, adotada em 3 de novembro de 1950 pela AGNU, foi uma forma de contornar o veto soviético no CSNU e possibilitar a subsequente aprovação do envio de forças de paz à guerra das Coreias, por meio da resolução 498 (1951). O elemento reformador da resolução 377 (V) foi a afirmação de que a AGNU poderá, se considerar apropriado, recomendar a ação coletiva, incluindo o uso da força, quando o CSNU não exercer a sua responsabilidade principal pela manutenção da paz e segurança internacionais.²⁹

A resolução 377 (V) contou com o amplo apoio dos Estados Unidos, que persuadiram a AGNU de sua responsabilidade subsidiária na manutenção da paz internacional, evocando para tal o artigo 14 da Carta. Apesar de essa resolução ter sido aplicada apenas uma vez, desde a sua adoção 10 sessões de emergência já foram convocadas pela AGNU para tratar de situações como, *inter alia*, a crise de Suez – que paralisou o CSNU por conta do veto da França e Reino Unido –, o conflito entre Índia e Paquistão – marcado pelas abstenções da Polônia, URSS e Reino Unido – e a questão palestina.³⁰

²⁷ CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 912, adotada em 21 de abril de 1994, que qualificou a situação em Ruanda como “violence and carnage which are engulfing Rwanda”.

²⁸ AKHAVAN, Payam. **Justice and reconciliation in the great lakes region of África: the contribution of the International Criminal Tribunal for Rwanda**. In: *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 7, 1997, pp. 329.

²⁹ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, **Resolução 377 (V) – *Uniting for Peace***, adotada em 3 de novembro de 1950. Ver, em especial, a seção A: “Resolves that if the Security Council, because of lack of unanimity of the permanent members, fails to exercise its primary responsibility for the maintenance of international peace and security in any case where there appears to be a threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression, the General Assembly shall consider the matter immediately with a view to making appropriate recommendations to Members for collective measures, including in the case of a breach of the peace or act of aggression the use of armed force when necessary, to maintain or restore international peace and security. If not in session at the time, the General Assembly may meet in emergency special session within twenty-four hours of the request therefor. Such emergency special session shall be called if requested by the Security Council on the vote of any seven members or by a majority of the Members of the United Nations”.

³⁰ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resoluções 129 (1958), 119 (1956), 120 (1956), 157 (1960), 303 (1971), 462 (1980).

Embora a transferência de responsabilidades para a AGNU não tenha sido um das intenções dos autores da Carta, hoje se trata de uma prática pouco contestada. Com efeito, as sessões especiais de emergência tornaram-se parte integrante da ordem jurídica das Nações Unidas. Além disso, a CIJ já declarou que o artigo 12(1) da Carta não impede a AGNU de apreciar situações que estejam na agenda do CSNU e adotar recomendações.³¹

Na verdade, o grande desafio é o imenso desgaste político que um membro ou conjunto de membros da ONU terão de sofrer para enfrentar o CSNU. É difícil conceber a aplicação da resolução *Uniting for Peace* sem o apoio e participação de pelo menos um dos membros permanentes. Afinal, até hoje a resolução 498 (1951) continua sendo o único exemplo de uma situação emergencial em que a AGNU – na época sob a influência dos Estados Unidos – recomendou a implementação de medidas coercitivas, apesar da firme resistência da URSS.³²

3.2. Dos limites formais

O segundo possível parâmetro para o controle de legalidade é o conjunto de regras formais e processuais que regem o *modus operandi* do CSNU. Essas normas estabelecem critérios objetivos para a adoção de resoluções, podendo ser divididas em dois grupos, a saber: o primeiro, de ordem constitucional, é formado pelas regras do artigo 27 da Carta; o segundo, de ordem infraconstitucional, é composto pelo *Reglamento Provisorio do Conselho de Seguridad* (“Regulamento”).³³

O artigo 27 da Carta determina que o CSNU deverá seguir dois ritos diferentes na adoção de suas decisões, conforme a natureza da questão. Para questões processuais são necessários apenas nove votos afirmativos, nos termos do parágrafo 2º do aludido artigo. Em todos os outros assuntos são necessários nove votos afirmativos, inclusive de todos os membros permanentes, conforme o parágrafo 3º – daí a origem do veto. Quanto ao Regulamento, suas principais regras referem-se à elaboração da agenda do CSNU (artigos 6 a 12), à condução dos debates (artigos 27 a 39) e à publicidade das sessões e atas (artigos 48 a 57).³⁴

³¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory*. *I.C.J. Reports*, 2004, paras. 27-28.

³² TOMUSCHAT, Christian. *Uniting for Peace*. In *United Nations Audiovisual Library of International Law*. Acesso no dia 13 de junho de 2011, disponível em: www.un.org/law/avl.

³³ DÍAZ, Maria Eugenia López-Jacoiste. *Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas – la legalidad de sus decisiones y el problema de su control*. Madri: Civitas Ediciones, 2003, p. 99.

³⁴ CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. *Provisional Rules of Procedure of the Security Council*, S/96/Rev.7, 1983.

Nota-se que o CSNU está vinculado a poucas e esparsas regras formais e processuais, o que lhe confere ampla liberdade e flexibilidade na adoção de seus atos. Apesar desse quadro normativo-institucional desfavorável ao controle de legalidade, a CIJ, em sua opinião consultiva sobre a Namíbia, já foi provocada a pronunciar-se acerca de alegados vícios formais da resolução 276 (1970).³⁵

3.3. Dos limites materiais

O artigo 24(2) da Carta constitui o fundamento jurídico para um possível controle de legalidade material dos atos do CSNU. Dispõe essa norma que o CSNU, no cumprimento de seus deveres, agirá de acordo com os propósitos e princípios das Nações Unidas.

A seguir, serão analisados os artigos 1º e 2º da Carta, que enumeram os referidos propósitos e princípios, à luz da *Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional que Regem as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados Conforme a Carta das Nações Unidas*, adotada pela AGNU em 1970. Serão igualmente ressaltados a natureza constitucional da Carta, o que a torna suscetível a modificações por meio da prática política e da jurisprudência internacional, e o princípio geral de direito *venire contra factum proprium non valet*.

Por fim, serão estudados os casos das sanções adotadas pelo CSNU contra a Bósnia, Iraque e Haiti, na década de 1990, as quais provocaram fortes críticas da comunidade internacional e, a nosso ver, violaram normas de direito internacional material.

3.3.1. Propósitos e princípios das Nações Unidas

O artigo 24(2) estabelece que os limites do CSNU são os propósitos e princípios das Nações Unidas. Dessa forma, o CSNU deve observar a igualdade formal entre os Estados Partes (artigo 2 (1)), bem como o cumprimento, com boa fé, das obrigações por eles assumidas (artigo 2 (2)); o princípio da solução pacífica das controvérsias internacionais (artigo 2 (3)); a proibição da ameaça ou uso unilateral da força nas relações internacionais (artigo 2 (4)), sem prejuízo da aplicação das medidas coercitivas do capítulo VII; o direito à autodeterminação (artigos 1 e 55); e a promoção dos direitos humanos (artigo 1 (3)).

³⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*. *I.C.J. Reports*, paras. 21-22.

Os artigos 55 e 56 da Carta também preveem a promoção universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais, aprofundando essa noção como um *programa* das Nações Unidas. É possível argumentar que, ao referir a esse programa como um *propósito*, o artigo 56 incorpora os direitos humanos (artigo 55 (3)) à lista de propósitos gerais da organização, expressos no artigo 1º.³⁶ Nesse sentido, convém ressaltar o alto número de convenções multilaterais celebradas no âmbito das Nações Unidas como instrumentos para a promoção dos direitos humanos.

Em vista das mudanças na estrutura da comunidade internacional desde a adoção da Carta, a VI Comissão (Jurídica) da AGNU decidiu criar, em 1963, o *Comitê Especial sobre os Princípios do Direito Internacional que Regem as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados* (“Comitê Especial”), composto por juristas representantes de Estados. O objetivo desse órgão subsidiário era interpretar e atualizar os princípios da Carta, o qual foi logrado com a formulação da *Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional que Regem as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados Conforme a Carta das Nações Unidas*, adotada pela AGNU por meio da resolução 2625 (XXV).

A Declaração de 1970 influenciou de maneira significativa a interpretação dos princípios da Carta à luz de seus propósitos e das mudanças estruturais nas relações internacionais. Alguns representantes do Comitê Especial sustentaram que a Carta deve ser vista como uma constituição viva (*living constitution*) que ganhara sentido por meio da interpretação de seus dispositivos ao longo da história.³⁷ Além de abarcar os princípios originais da Carta, a Declaração de 1970 ampliou o conteúdo material do dever dos Estados de cooperação internacional e do direito à autodeterminação dos povos.³⁸

Durante os debates a respeito do princípio da não intervenção nos assuntos internos dos Estados, acordou-se que a intervenção deve ser entendida em sua totalidade, isto é, englobando também aspectos econômicos e políticos. Assim, o Comitê Especial entendeu que *força* pode referir-se a medidas econômicas e políticas, não estando o seu entendimento restrito à esfera militar.³⁹ Trata-se de um avanço

³⁶ ZEMANEK, Karl. *New trends in the enforcement of erga omnes obligations*. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, n. 4, 2000, p. 2.

³⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103.

³⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 101.

³⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 112-121.

significativo, especialmente no que tange aos limites das sanções impostas pelo CSNU sob o artigo 41 da Carta.

Em relação ao controle da legalidade dos atos do CSNU, talvez o avanço mais significativo tenha surgido com os trabalhos acerca do princípio da boa fé no cumprimento das obrigações internacionais, consagrado no artigo 2(2) da Carta. Com efeito, um argumento avançado por diversos representantes foi no sentido de que as únicas obrigações abarcadas por esse princípio eram as livremente contraídas e compatíveis com a Carta das Nações Unidas e o direito internacional geral.⁴⁰ Assim, o princípio não cobriria, por exemplo, obrigações sancionando a agressão, tratados desiguais, ou sanções flagrantemente contrárias aos princípios da Carta. Na sua formulação, o Comitê Especial teve o cuidado de dispor que os Estados têm o dever de cumprir de boa fé as obrigações assumidas *em conformidade com a Carta das Nações Unidas* e os princípios e regras do direito internacional geral.⁴¹

De fato, em vista de sua natureza constitucional, a Carta deve ser considerada como um instrumento vivo (*living instrument*) que, no processo de interpretação e aplicação, é atualizado com precedentes que seus constituintes originais não poderiam ter previsto. Nesse sentido, Tomuschat considera que as Nações Unidas são um sistema inteiro em movimento e, assim como as constituições nacionais, sua Carta está em constante processo de modificação por meio da prática política e da jurisprudência internacional.⁴²

Nos primeiros anos de atividade da ONU, a CIJ advertiu que “os direitos e deveres de uma entidade como a Organização [das Nações Unidas] devem depender de seus propósitos e funções, conforme especificados ou implícitos em seus instrumentos constituintes *e desenvolvidos na prática*”.⁴³ E no contexto da prática das Nações Unidas, a relevância dos propósitos e princípios da Carta foi enfatizada pela CIJ, no caso dos refêns em Teerã, conforme se depreende do trecho a seguir:

“Wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of

⁴⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 129.

⁴¹ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, Resolution 2625 (XXV)*, adotada em 24 de outubro de 1970: “Every State has the duty to fulfill in good faith the obligations assumed by it in accordance with the Charter of the United Nations. Every State has the duty to fulfill in good faith its obligations assumed under the generally recognized principles and rules of international law”, tradução nossa.

⁴² TOMUSCHAT *apud* FASSBENDER, Bardo. *Targeted Sanctions and Due Process: the responsibility of the UN Security Council to ensure that fair and clear procedures are made available to individuals and entities targeted with sanctions under Chapter VII of the UN Charter*. Berlim: Humboldt University Berlin, 2006, p. 25.

⁴³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion*. *I.C.J. Reports*, 1949, p. 180, grifo nosso.

the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights”.⁴⁴

Se os propósitos e princípios das Nações Unidas são relevantes para a legalidade de um ato, é inconsistente considerá-los irrelevantes em outras situações similares, como, por exemplo, na recente repressão do terrorismo internacional, promovida pelo CSNU.⁴⁵ A esse respeito, o próprio CSNU adotou a resolução 1456 (2003), com a seguinte exigência:

“Os Estados devem assegurar que qualquer medida tomada para combater o terrorismo cumpra com todas as suas obrigações sob o direito internacional, em particular com o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional dos refugiados e o direito internacional humanitário”.⁴⁶

Nesse contexto, convém destacar o princípio geral de direito conhecido como *venire contra factum proprium non valet*, em países de *civil law*. Este princípio visa a vedar o comportamento contraditório nas relações jurídicas, de modo que seja preservada a boa fé, requisito do artigo 2(2) da Carta, e o princípio *pacta sunt servanda*.

Seria um ato contraditório, por exemplo, se um órgão das Nações Unidas violasse sistematicamente direitos humanos consagrados nos dois Pactos Internacionais de 1966. Com efeito, as Nações Unidas criaram um extenso sistema de monitoramento e implementação de instrumentos internacionais de direitos humanos, a começar pelos dois Pactos de 1966. Ao promovê-los dessa maneira, foi criada uma expectativa lógica de que a própria ONU deveria observá-los. Portanto, a obrigação de agir de boa fé (artigo 2 (2)) vincula todos os órgãos das Nações Unidas, bem como os Estados Partes na sua condição de aplicadores das decisões do CSNU, a satisfazerem expectativas relevantes em relação a padrões de direitos humanos aceitos no âmbito da organização.⁴⁷

Esse entendimento já foi corroborado pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda (“TPIR”), quando, em decisão de 18 de junho de 1997, declarou que a

⁴⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, I.C.J. Reports, 1980, para. 91.

⁴⁵ ORAKHELASHVILI, Alexander. *The acts of the Security Council: meaning and standards of review*. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 11, 2007, p. 176. Interessante notar a comparação do autor entre a detenção ilegal de oficiais americanos em Teerã e a detenção de centenas de indivíduos suspeitos de terrorismo no Iraque.

⁴⁶ CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 1456 (2003)*, para. 6, tradução nossa.

⁴⁷ WET, Erika de. *The chapter VII powers of the United Nations Security Council*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 200; FASSBENDER, Bardo. *Targeted Sanctions and Due Process: the responsibility of the UN Security Council to ensure that fair and clear procedures are made available to individuals and entities targeted with sanctions under Chapter VII of the UN Charter*. Berlin: Humboldt University Berlin, 2006, p. 7.

existência de instituições especializadas para a proteção internacional dos direitos humanos no sistema das Nações Unidas não obsta o CSNU de atuar também nessa seara. O fundamento dessa decisão, nas palavras do próprio tribunal, é que “a proteção internacional dos direitos humanos é responsabilidade dos órgãos das Nações Unidas, incluindo o CSNU, sem limitações e em conformidade com a Carta das Nações Unidas”.⁴⁸

Quanto ao direito internacional humanitário, as Nações Unidas declararam em distintas ocasiões que suas operações de paz têm sido guiadas pelas Convenções de Genebra de 1949, seus Protocolos Adicionais de 1977 e pela Convenção da UNESCO sobre a Proteção de Propriedade Cultural. Com a promoção das normas de direito internacional humanitário no seio da organização – que, conforme a jurisprudência do TPII, geram necessariamente obrigações *erga omnes* –, o CSNU deve manter conduta coerente, em observância ao princípio da boa fé e à vedação do *venire contra factum proprium non valet*. A mesma regra se estende aos seus órgãos subordinados, como o TPII e o TPIR.⁴⁹

3.3.2. Os casos da Bósnia, Iraque e Haiti

As alegações de vícios materiais em resoluções do CSNU referem-se principalmente à natureza das medidas coercitivas adotadas. Nesse contexto, são emblemáticos os casos da I Guerra do Golfo, do embargo de armas contra a ex-Iugoslávia e dos embargos econômicos contra o Haiti.

Durante as guerras de dissolução da Iugoslávia, a Bósnia ajuizou uma ação contra a República Federal da Iugoslávia, com fundamento na Convenção para a Prevenção e Repressão do Genocídio. As duas principais demandas da Bósnia foram o reconhecimento da responsabilidade internacional da Iugoslávia por atos de genocídio e a interpretação da resolução 713 (1991), adotada pelo CSNU à luz do capítulo VII da Carta, relativa ao embargo de armas e combustíveis em todo o território da antiga Iugoslávia.

A resolução 713 (1991) impedia a Bósnia de importar armamento militar para a defesa de seu povo, alvo de um plano sérvio-croata de limpeza étnica e extermínio em massa. Praticamente todo o maquinário militar da antiga Iugoslávia ficou armazenado em Belgrado, o que tornou a Sérvia muito mais armada do que as

⁴⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. *Case of Prosecutor v. Kanyabashi. Decision on Defence Motion on Jurisdiction*, 18 de junho de 1997 (Trial Chamber II), para. 29.

⁴⁹ WET, Erika de. *The chapter VII powers of the United Nations Security Council*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 206.

demais repúblicas. A Croácia também dispunha de grande poder de fogo, pois iniciou a importação de armas antes de separar-se da Iugoslávia. A Bósnia foi a que restou comparativamente mais vulnerável: menor poder de fogo, dois inimigos (Croácia e Sérvia) e difícil posição geográfica. A proibição da importação de armas de fogo e combustíveis tornou a Bósnia dependente de ajuda das forças de paz das Nações Unidas, as quais não foram capazes de evitar o genocídio em Srebrenica (1995) nem o cerco de Sarajevo (1992-1996), o mais longo cerco da história da guerra moderna.

A questão da interpretação da resolução 713 (1991) ganhou importância no segundo pedido de medidas cautelares, quando a Bósnia requereu à CIJ que a referida resolução fosse interpretada pelos Estados Membros de forma a não prejudicar o seu direito de legítima defesa, consagrado no artigo 51 da Carta.⁵⁰ Por motivos processuais, a CIJ negou conferir tal interpretação à resolução 713 (1991), alegando que um caso contencioso, entre a Bósnia e a Iugoslávia, não poderia gerar efeitos a terceiros. A questão teve um desfecho político, com a celebração dos Acordos de Paz de Dayton e a adoção da resolução 1021 (1995) do CSNU, que levantou o embargo de armas na região.

As sanções econômicas adotadas pelo CSNU contra o Iraque foram muito criticadas pelo amplo impacto que tiveram na sociedade civil, tendo perdurado de 1990 a 2003. A resolução 661 (1990) suspendeu diversas relações comerciais do Iraque e congelou os seus ativos financeiros, ademais de proibir a venda de petróleo e a importação de armas. Apesar do programa humanitário *Oil for Food*, o impacto da resolução na alocação de recursos básicos para a sociedade civil foi catastrófico.

De acordo com o relatório do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, o impacto do regime de sanções do CSNU foi severo, causando a escassez de alimentos, medicamentos e água potável. A destruição de usinas elétricas durante a I Guerra do Golfo, e a impossibilidade de importar peças para seu conserto, foi determinante para a falta de energia e o sucateamento do sistema de saneamento básico. O mesmo pode ser afirmado em relação ao sistema de saúde, pois os hospitais enfrentaram a falta de equipamentos técnicos e geradores. Durante os nove anos de embargo econômico, o índice de mortalidade infantil dobrou, a desnutrição infantil cresceu numa taxa de 72% e doenças outrora erradicadas, como a cólera, tiveram um crescimento

⁵⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, *I.C.J. Reports* 1993, p. 328.

epidêmico.⁵¹

Como essas sérias consequências não poderiam estar dissociadas do regime de sanções, passou-se ao questionamento de sua legalidade. As sanções econômicas impostas infringiam direitos humanos básicos, como o direito à vida e à saúde. Não havia justificativa plausível para a manutenção de sanções que causavam maior impacto sobre o povo iraquiano do que sobre seus dirigentes. A explicação de que se tratava de um inevitável efeito colateral sobre a população perdia sentido quando confrontado com o princípio da proporcionalidade. Enfim, ficou claro que o CSNU estava agindo de má fé, contrariando o artigo 2(2) da Carta e direitos não derogáveis do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“PIDESC”), de 1966.⁵²

É igualmente emblemático o caso do embargo contra o Haiti, adotado logo após o golpe militar que destituiu o governo do Presidente Aristide, em 1991. O embargo incluía todos os produtos, exceto alimentos e suprimentos médicos, e foi implementado pelas resoluções 841 (1993) e 917 (1994) do CSNU até o retorno de Aristide. Um relatório da Universidade de Harvard demonstra que, no ano em que as sanções estiveram em vigor, a desnutrição infantil aumentou de 50% a 60%, provavelmente por conta da falta de combustíveis para a distribuição interna de alimentos. A escassez de combustíveis também foi determinante para a má distribuição de água potável entre a população e a deterioração da situação dos hospitais.⁵³

Apesar de outros fatores terem contribuído para a situação precária no Haiti, o regime de embargos comerciais, com duração de apenas um ano, teve grande peso na destruição de sua economia. O impacto desproporcional das sanções econômicas sobre países como o Haiti e Iraque causaram danos tão graves sobre a população civil quanto as situações configuradas como ameaças à paz internacional que levaram à sua adoção. Não foi por coincidência que, em 1997, o Comitê dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais das Nações Unidas (“CDESC”) publicou o Comentário Geral n.º 8, ressaltando que os direitos sociais, econômicos e culturais servem como limitações a

⁵¹ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Iraq: a decade of sanction*. Publicado em 14 de dezembro de 1999. Disponível em <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jqap.htm>.

⁵² WET, Erika de. *The chapter VII powers of the United Nations Security Council*. Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 226-230.

⁵³ WET, Erika de. *The chapter VII powers of the United Nations Security Council*. Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 243-247.

regimes jurídicos estabelecidos por resoluções do CSNU, mesmo se adotadas sob o capítulo VII da Carta.⁵⁴

3.4. Obstáculos ao controle de legalidade no sistema das Nações Unidas

3.4.1. Artigos 25 e 103 da Carta: óbices transponíveis

O artigo 25 da Carta é indicado por alguns como um dos principais óbices ao controle de legalidade dos atos do CSNU. Trata-se, no entanto, de uma opinião altamente questionável, porquanto nem a prática internacional nem a disposição do artigo sugerem que a prevalência das decisões do CSNU é absoluta. O artigo 25 dispõe que os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a Carta. Nota-se a ambiguidade do dispositivo, que pode ser lido como restritivo às decisões que estiverem em conformidade com a Carta.⁵⁵

O artigo 103 prevê a supremacia da Carta sobre outras obrigações internacionais dos Estados Membros. Alguns acadêmicos utilizam este instrumento para exaltar a supremacia dos atos do CSNU. A nosso ver, esta é uma leitura superficial e tendenciosa. Afinal, uma resolução do CSNU deve, em primeiro lugar, ser compatível com a Carta, para que então lhe seja dada prevalência no direito internacional. O artigo 103 consagra a primazia da Carta, e não do CSNU; como então pensar que uma resolução contrária à Carta possa prevalecer sobre outras normas de direito internacional, incluindo a própria Carta? Nesse sentido, Jenks chegou a ressaltar que o artigo 103 não pode ser aplicado para conferir aos órgãos das Nações Unidas poderes inconsistentes com a própria Carta.⁵⁶ Trata-se de uma questão de hierarquia de normas no ordenamento jurídico das Nações Unidas.

Sobre esse assunto, é ilustrativa a decisão do Comitê de Direitos Humanos (“CDH”), órgão de monitoramento do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (“PIDCP”), no caso *Sayadi v. Bélgica*. Em 2006 o CDH foi provocado a pronunciar-se a respeito da compatibilidade do PIDCP com as medidas nacionais adotadas para conferir efetividade às resoluções 1267 (1999), 1333 (2000), 1390

⁵⁴ CDESC, The relationship between economic sanctions and respect for economic, social and cultural rights, General Comment no. 8, E/C.12/1997/8, 12 de dezembro de 1997.

⁵⁵ HERDEGEN, Matthias J. **The constitutionalization of the UN security system.** *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, n. 27, 1994, p. 157.

⁵⁶ JENKS *apud* ORAKHELASHVILI, Alexander. **The acts of the Security Council: meaning and standards of review.** *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 11, 2007, p. 149.

(2002) e 1455 (2003) do CSNU. Tais resoluções implementam o regime internacional de repressão do terrorismo, cujo estudo será aprofundado na seção seguinte. Por ora, vale ressaltar a decisão do CDH de declarar que as medidas nacionais de implementação das aludidas resoluções violaram direitos humanos consagrados no PIDCP, em particular os artigos 12 (liberdade de movimento) e 17 (direito à honra e privacidade).

Nesse caso, o principal argumento de defesa da Bélgica versava em torno da natureza obrigatória das resoluções do CSNU. De início, o CDH considerou que não se tratava incompatibilidade entre a Carta e o PIDCP, mas sim de “compatibilidade entre [o PIDCP] e medidas nacionais tomadas pelo Estado Parte na implementação de uma resolução do CSNU”.⁵⁷ Afastada essa questão, o CDH prosseguiu o exame do mérito e declarou-se competente para apreciar a compatibilidade do PIDCP com quaisquer medidas de implementação de uma resolução do CSNU. Nesse sentido, julgou ser seu dever, como órgão de monitoramento do PIDCP, “considerar até que ponto obrigações impostas ao Estado Parte por resoluções do CSNU podem justificar violações do direito à liberdade de movimento”.⁵⁸ Por fim, o CDH declarou a existência da violação dos artigos 12 e 17 do PIDCP, e concluiu que a Bélgica tinha o *dever* de tomar todas as medidas necessárias para cessar a violação, o que significava a não observância das aludidas resoluções do CSNU.⁵⁹

Entendemos que os artigos 103 e 25 não são óbices intrasponíveis, porquanto não só é válida, como também encontra fundamento na prática internacional, a interpretação de que a obrigação de respeitar e promover direitos humanos decorre da Carta. A próxima seção consiste na análise dos limites ao CSNU impostos pelo direito internacional geral; pode ser adiantado que a prática internacional, bem como a doutrina, aponta que o artigo 103 não deve ser lido de forma a autorizar Estados Membros a violarem normas de *jus cogens* e de direitos humanos.

3.4.2. Avaliação da jurisprudência no sistema das Nações Unidas

Em distintas ocasiões a CIJ deparou-se diante da possibilidade de realizar o controle sobre a legalidade de resoluções do CSNU. Esse problema tem surgido

⁵⁷ COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS. *Sayadi v. Bélgica* (petição n. 1472/2006). U.N. Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006, 29 de dezembro de 2008, para. 10.3.

⁵⁸ COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS. *Sayadi v. Bélgica* (petição n. 1472/2006). U.N. Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006, 29 de dezembro de 2008, para. 10.6.

⁵⁹ COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS. *Sayadi v. Bélgica* (petição n. 1472/2006). U.N. Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006, 29 de dezembro de 2008, para. 12.

sempre como questão incidental, tanto em casos contenciosos⁶⁰ quanto em opiniões consultivas.⁶¹ Todavia, até o presente momento a CIJ tem tomado posições ambíguas e evasivas sobre a sua competência para realizar o controle. Essa posição extremamente reticente, do principal órgão judiciário das Nações Unidas, não foi seguida nem pelos tribunais internacionais penais *ad hoc* nem pelos órgãos de monitoramento dos Pactos Internacionais de 1966, o que torna a questão do controle dos atos do CSNU ainda mais incerta.

As resoluções do CSNU formam um direito derivado da Carta. Se a CIJ é o principal órgão judiciário das Nações Unidas, não deveria haver tanta polêmica sobre o seu papel no controle do CSNU. E não tem sido por falta de oportunidades que a CIJ ainda não assumiu essa função. Em uma ocasião, a CIJ ressaltou a inexistência de mecanismos para determinar a validade de atos dos órgãos das Nações Unidas, e completou que “cada órgão deve, pelo menos a princípio, determinar a sua própria jurisdição”.⁶² Posteriormente, na opinião consultiva sobre a Namíbia, chegou até a declarar que “sem dúvida a Corte não possui poderes de revisão judicial ou de recursos a respeito das decisões tomadas pelos órgãos das Nações Unidas em questão”;⁶³ referia-se, no caso, ao CSNU e à AGNU. O problema é que, no caso da Namíbia, a CIJ realizou sim o controle de legalidade da resolução 284 (1970), chegando a declarar a sua validade em conformidade com a Carta.

Na década de 1990 outras duas oportunidades surgiram para a CIJ arrogar-se a função de controle: o caso do incidente em *Lockerbie* e a disputa entre *Bósnia v. Iugoslávia*. Em *Lockerbie*, a CIJ simplesmente declarou que a adoção da resolução 748, sob o capítulo VII da Carta, tornava-a obrigatória para a Líbia, sem entrar no mérito de sua legalidade. No caso *Bósnia v. Iugoslávia*, o demandante requereu à CIJ, em seu segundo pedido de medidas provisórias, que a resolução 713 (1991) fosse interpretada de uma maneira que preservasse o seu direito de legítima defesa, nos termos do artigo 51 da Carta. Nessa ocasião, a CIJ tinha a oportunidade de realizar um controle indireto, mas, ainda assim, optou por não o fazer.

⁶⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993.

⁶¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276(1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971.

⁶² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Certain expenses of the United Nations*, I.C.J. Reports, 1962, p. 168.

⁶³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Legal Consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia*, I.C.J. Reports, 1971, para. 89.

Diante desse quadro, a questão chave não é mais se a CIJ possui efetivamente poderes para revisar resoluções dos órgãos políticos das Nações Unidas. Afinal, a CIJ, como principal órgão judiciário da ONU, poderia muito bem utilizar-se do princípio *compétence de la compétence* para assumir a função de controle ou, ainda, indicar a interpretação correta de uma resolução a ser seguida pelos Estados Membros e os órgãos da ONU. A nosso ver, o verdadeiro problema é descobrir por que a CIJ não se arroga essa função. Nesse sentido, encontramos três principais motivos: (i) por causa da formação política da maioria dos juízes; (ii) por conta da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória; e (iii) pela composição da CIJ.

A maioria dos juízes que ingressam na CIJ possui sobretudo formação política (e.g. diplomatas, consultores jurídicos e políticos), muitos tendo ocupado posições importantes nas Chancelarias de seus países. O resultado disso é que muitas vezes se mostram parciais, favorecendo seus países de origem e aliados. Um estudo da Universidade de Chicago demonstra que, ao longo da história, aproximadamente 90% dos juízes da CIJ posicionaram-se a favor de seus países de origem. E quando os seus países de origem não estavam envolvidos no caso, grande parte dos juízes decidiram a favor de países aliados ou de países com características parecidas nas dimensões econômica, cultural e política. Assim, é comum, por exemplo, que juízes francófonos votem juntos; que Estados Membros da OCDE recebam o apoio de juízes oriundos de países mais ricos; e que juízes do ex-bloco soviético tenham posicionamento convergente.⁶⁴

Essa concepção baseada em interesses nacionais – e culturalmente enviesada –, majoritária na CIJ por conta do baixo número de juízes independentes, limita o alcance de sua jurisdição ao voluntarismo estatal, em detrimento de aspirações legalistas que visam a conferir à CIJ destaque mais elevado na comunidade internacional. Diante desse quadro, parece pouco provável que a maioria dos juízes concorde em ampliar a jurisdição da CIJ para abarcar também as resoluções dos órgãos políticos das Nações Unidas. Estes juízes teriam de se debruçar sobre sérios problemas de jurisdição, como a questão de que nem todos os Estados Membros das Nações Unidas aceitam a cláusula facultativa de jurisdição compulsória, expressa no artigo 36 do Estatuto da CIJ. Ou, ainda, a vedação de que os efeitos de um julgamento não podem alcançar terceiros, na hipótese de o controle ser realizado em um caso

⁶⁴ POSNER, Eric A. **Is the International Court of Justice biased?** *John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 234*, 2004. Disponível em <http://Lawecon/index.html://www.law.uchicago.edu>. Acessado em 25 de junho de 2011.

contencioso, e a natureza não vinculante de suas opiniões consultivas, caso o controle seja realizado mediante parecer.

A composição da CIJ também tem um importante papel na manutenção de sua atitude conservadora. Foi criado um costume nas Nações Unidas de distribuir geograficamente as vagas para juízes na seguinte proporção: duas para a América Latina, três para a África, três para a Ásia, cinco para a Europa Ocidental e outros Estados (o que inclui Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia) e duas para a Europa Oriental (o que inclui a Rússia). Essa distribuição é a mesma seguida pelo CSNU, e a cada um de seus membros permanentes é reservada uma vaga. Quase sempre os EUA, Rússia, França, Reino Unido e China têm um juiz na CIJ; o mesmo ocorre com outros Estados influentes, como a Alemanha, Japão e Canadá. Assim, com um terço de juízes nacionais dos membros permanentes, e tendo-se em conta a formação política destes, é pouco provável que a CIJ tome uma posição de enfrentamento em relação ao CSNU.

Em contraste, as jurisprudências do TPII e do TPIR têm demonstrado que o controle de legalidade das resoluções do CSNU pode ser realizado no sistema das Nações Unidas.⁶⁵ No caso *Tadić*, o TPII declarou que o CSNU, enquanto órgão das Nações Unidas, é limitado pelo tratado constituinte desta organização. Sendo assim, o CSNU não poderia nem extrapolar a sua competência nem contrariar a letra e espírito da Carta da ONU. Similarmente, o TPIR, além de reafirmar a decisão do TPII, avançou no sentido de declarar que a proteção internacional dos direitos humanos é uma das responsabilidades do CSNU.

Quanto aos órgãos de monitoramento dos Pactos Internacionais de 1966, já mencionamos que o CDH, no caso *Sayadi*, julgou serem incompatíveis as medidas nacionais tomadas pela Bélgica na implementação de certas resoluções do CSNU com o PIDCP. Assim, determinou que a Bélgica tinha o *dever* de fazer cessar a violação desta convenção, o que implicava a não observância daquelas resoluções. O CDESC também apontou para a existência de limites ao CSNU em seu Comentário Geral n.º 8, o qual ressalta a obrigação deste órgão político de respeitar os direitos sociais, econômicos e culturais consagrados no PIDESC.

⁶⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Prosecutor v. Dusko Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 de outubro de 1995 (Appeals Chamber); TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. *Case of Prosecutor v. Kanyabashi. Decision on Defence Motion on Jurisdiction*, 18 de junho de 1997 (Trial Chamber II).

As contribuições dos tribunais internacionais penais *ad hoc* são paradigmáticas, mas insuficientes para a consagração de um mecanismo de controle nas Nações Unidas. O motivo pelo qual ambos os tribunais atuaram dessa maneira é porque precisavam consolidar a sua jurisdição por meio da declaração de legalidade de seus respectivos estatutos. Por isso revisaram e declararam a legalidade das resoluções do CSNU que os estabeleciam, como órgãos judiciais delegados. As contribuições dos órgãos de monitoramento dos Pactos de 1966 são igualmente significativas, principalmente para o desenvolvimento do direito internacional geral. Contudo, trata-se de decisões e comentários sem força vinculante, com caráter estritamente recomendatório aos Estados que não aderiram a seus respectivos Protocolos Facultativos.

A CIJ, como principal órgão judiciário das Nações Unidas, detém plena legitimidade para realizar o controle de legalidade sobre os atos do CSNU. Contudo, por motivos sobretudo *políticos* – e não jurídicos –, a CIJ tem se absterido de exercer esse papel, deixando uma lacuna na ordem jurídica internacional. A seção seguinte demonstra que, enquanto a CIJ não se arroga a função de controle no sistema das Nações Unidas, outras jurisdições, externas a este sistema, têm preenchido tal lacuna com fundamento no direito internacional geral e nas constituições nacionais. Já que o sistema das Nações Unidas não garante o controle de legalidade, este tem se tornado difuso na comunidade internacional.

4. Limites ao Conselho de Segurança: Direito Internacional Geral

4.1. Direito internacional dos direitos humanos e normas de *jus cogens*

A Organização das Nações Unidas, como sujeito de direito internacional público, está vinculada (i) ao seu instrumento constituinte (Carta da ONU); (ii) a tratados de que seja parte; e (iii) a obrigações previstas pelo direito internacional geral.⁶⁶ A seção anterior estudou os limites constitucionais impostos pela Carta ao CSNU. Tendo em vista que a ONU não é signatária de nenhum tratado de direitos humanos, a presente seção enfocará a vinculação do CSNU ao direito internacional geral, em particular, às normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*) e às normas de direitos humanos que já obtiveram *status* de direito internacional consuetudinário.

Com o advento das duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (1969 e 1986), instaurou-se uma verticalização na ordem jurídica internacional. Primeiro, com a consagração do artigo 53 comum àquelas convenções, as normas de *jus cogens* estabeleceram limites à liberdade de celebrar tratados; depois, com os trabalhos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas a respeito da responsabilidade internacional dos Estados, erigiu-se uma forma de responsabilidade internacional agravada em caso de violação dessas normas imperativas, bem como limites à imposição de contramedidas. Em um terceiro momento, por meio da atividade jurisdicional internacional – principalmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos –, ampliou-se o conteúdo material das normas de *jus cogens*.⁶⁷

O conceito central da noção de *jus cogens* é a sua não derogabilidade. Essas normas não podem ser derogadas por resoluções do CSNU, porquanto este órgão foi criado por um tratado, o qual não dispõe de autoridade para delegar poderes contrários ao *jus cogens*. Pela sua natureza de órgão baseado em tratado (*treaty-based organ*), o CSNU está vinculado ao *jus cogens*, o qual estabelece parâmetros para a validade dos seus atos.⁶⁸

⁶⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion of 20 December 1980, *I.C.J. Reports 1980*, para. 48.

⁶⁷ Ver, por exemplo: Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Aloeboetoe v. Suriname*, julgamento de 10 de setembro de 1993, para. 57; *Martitza Urrutia v. Guatemala*, julgamento de 27 de novembro de 2003, para. 92; *Goiburú v. Paraguai*, julgamento de 22 de setembro de 2006, para. 93; *Gómez-Paquiyaury v. Peru*, julgamento de 8 de julho de 2004, para. 76. Ver também Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, caso *Furundžija*, julgamento de 10 de dezembro de 1998, para. 144.

⁶⁸ ORAKHELASHVILI, Alexander. *The acts of the Security Council: meaning and standards of review*. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 11, 2007, pp. 177-186.

A consagração das normas de *jus cogens* em diversos ramos do direito internacional público – não mais restrita ao direito dos tratados – demonstra a existência de valores hierarquicamente superiores na comunidade internacional, ainda que essa verticalização não esteja prevista nas Convenções de Viena. Se a simples incompatibilidade com tais valores é capaz de provocar a nulidade de um tratado ou a responsabilização agravada de um Estado, então, com a ampliação do escopo do *jus cogens* para além das Convenções de Viena, infere-se que resoluções de organizações internacionais também estão sujeitas aos limites das normas imperativas de direito internacional geral. Afinal, organizações internacionais são sujeitos de direito internacional, aptos a contrair direitos e *obrigações*. A CIJ, no célebre caso *Barcelona Traction*, concluiu que o mero desrespeito de obrigações *erga omnes* – mesmo que não gere um dano direto – causa dano *per se* a todos os Estados. Se toda a comunidade internacional possui interesse jurídico na proteção de certos valores, é plausível que organizações internacionais também devam observar o cumprimento de obrigações *erga omnes* – que são devidas a toda a comunidade internacional.⁶⁹

Havendo obrigações *erga omnes* e valores jurídicos superiores (*jus cogens*), é necessário que se monte mecanismos de implementação dos direitos correlatos a tais obrigações e de observância a tais valores. Aí entra o papel dos tribunais internacionais e, em particular, das jurisdições internas. A presente seção dedicará espaço para a análise da jurisprudência regional e do papel internacional delegado aos juízes internos pelo direito internacional público. Será demonstrado que a prática jurisprudencial tem se orientado em dois caminhos: o primeiro, seguido pela Corte de Primeira Instância da Corte Europeia (CPICE) e por tribunais suíços, identifica as normas de *jus cogens* como os principais limites aos atos do CSNU; o segundo, trilhado principalmente pela Corte Europeia de Justiça (CEJ), pela Corte Europeia de Direitos Humanos e por tribunais canadenses e americanos, encontra tais limites na proteção dos direitos humanos. Portanto, o controle de legalidade baseado no direito internacional geral transcende os termos da Carta e fundamenta-se principalmente nas normas de *jus cogens* e no direito internacional dos direitos humanos.

Recentemente, os juízes internos e regionais têm sido provocados por indivíduos e pessoas jurídicas para se pronunciarem acerca da legalidade de resoluções do CSNU, em particular sobre uma nova modalidade de sanções, as

⁶⁹ Corte Internacional de Justiça. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, para. 33, grifos adotados: “vu l’importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s’agit sont obligations erga omnes”

targeted sanctions. É interessante notar que a maior parte dos julgados sobre o controle de atos do CSNU tenha sido feita por tribunais da América do Norte e da Europa.

A adoção das *targeted sanctions*, a partir da década de 1990, conferiu novo papel às sanções, que passaram a se direcionar contra pessoas físicas e jurídicas específicas, incluídas em listas consolidadas e administradas por comitês de sanções. Essa inovação foi uma forma de contornar os problemas causados por sanções de efeito coletivo, que foram duramente criticadas na década de 1990.⁷⁰ Dos 11 comitês de sanções do CSNU, nove operam sobre o regime das *targeted sanctions*. Embora a adoção desse tipo de sanção tenha reduzido o alto impacto sobre os direitos sociais, econômicos e culturais, novos problemas surgiram, agora relativos a direitos individuais.

Em geral, as *targeted sanctions* são implementadas sobre três vértices, quais sejam, (i) o congelamento de ativos financeiros, (ii) a proibição de viagens e (iii) o embargo de armas. Aqueles incluídos na Lista Consolidada (“Lista”) não são previamente informados de que sofrerão sanções, o que os impede de se defenderem e questionarem a medida. De fato, eles não têm o direito de serem ouvidos pelos comitês de sanções do CSNU. É como a famosa história de *Josef K.*, da obra *O Processo*, de Kafka, na qual o protagonista acorda uma manhã e, por motivos nunca explicados, é preso, processado e condenado por um crime desconhecido.

Há vários procedimentos de retirada de nomes da Lista (*delisting*) nos diversos regimes de sanções, mas em nenhum é prevista a possibilidade de os próprios indivíduos requererem o *delisting* ao respectivo comitê de sanções. Cabe aos Estados fazê-lo – o que se assemelha à prática de proteção diplomática a nacionais. Tampouco há regras ou critérios objetivos para a realização do *delisting*.⁷¹ A inclusão dos nomes nas listas é muito mais simples do que a exclusão, tendo em vista que alguns membros do CSNU podem vetar o processo de *delisting*.⁷² Em suma, trata-se de um procedimento essencialmente *político*, desprovido de controle judicial e que, no entanto, gera graves efeitos jurídicos.

⁷⁰ Ver *supra*, seção 4.

⁷¹ FASSBENDER, Bardo. *Targeted Sanctions and Due Process: the responsibility of the UN Security Council to ensure that fair and clear procedures are made available to individuals and entities targeted with sanctions under Chapter VII of the UN Charter*. Berlim: Humboldt University Berlin, 2006, pp. 4-5.

⁷² Ver o Relatório do Conselho de Segurança intitulado *Update Report, April 21, 2008, No. 4*, referente ao Comitê 1267. Por exemplo, em 2007 os Estados Unidos solicitaram o *delisting* de Abdul Hakim Monib, que acabou vetado pela Rússia.

Desde que foram adotadas, as *targeted sanctions* têm sido alvo de numerosas ações judiciais, que alegam, em geral, violações de direitos humanos, tais como o devido processo legal, liberdade de movimento, direito à honra, direito à propriedade, direito a garantias judiciais, bem como a não observância dos princípios da proporcionalidade e da presunção da inocência. Dos nove regimes de *targeted sanctions* atualmente em vigor, a resolução 1267 é a que suscita o maior número de críticas e questionamentos. Enquanto as demais resoluções sancionam indivíduos que agem na sua capacidade oficial de agentes de Estado (militares e políticos), a Resolução 1267 sanciona indivíduos e entidades, supostamente vinculados à rede terrorista Al-Qaeda, que estão sujeitos ao congelamento de seus ativos e proibição de viagens. Em outros termos, aquelas resoluções são direcionadas contra um Estado – que é sancionado por meio de seus agentes –, enquanto esta visa sancionar diretamente indivíduos.

Segundo um estudo preparado pela assessoria jurídica das Nações Unidas, os direitos a garantias judiciais e ao devido processo legal podem ser considerados parte do *corpus* do direito internacional geral – ademais de protegidos por princípios gerais de direito, nos termos do artigo 38(1) do Estatuto da CIJ.⁷³ Esses direitos encontram-se amplamente firmados na jurisprudência internacional e no direito internacional convencional.⁷⁴ De acordo com o Comentário Geral n.º 31 do Comitê de Direitos Humanos da ONU, trata-se de pilares para a proteção dos direitos humanos, pois é por meio deles que se torna possível vindicar o gozo dos demais direitos.⁷⁵

Diante da ausência de garantias judiciais a indivíduos no sistema das Nações Unidas, era altamente provável que os incluídos na Lista Consolidada preparada e gerida pelo *Comitê 1267 de Sanções do CSNU* (“Comitê de Sanções”) recorressem a tribunais internos ou regionais. Estes tribunais foram provocados a se pronunciar *indiretamente* sobre a legalidade de resoluções do CSNU. Com exceções da Itália, Croácia e Irlanda, poucos tribunais se declararam incompetentes; de fato, a maioria examinou a fundo a legalidade das resoluções e realizou um verdadeiro *controle difuso e incidental* sobre os atos do CSNU.

⁷³ FASSBENDER, Bardo. *Targeted Sanctions and Due Process: the responsibility of the UN Security Council to ensure that fair and clear procedures are made available to individuals and entities targeted with sanctions under Chapter VII of the UN Charter*. Berlim: Humboldt University Berlin, 2006, pp. 6, 15.

⁷⁴ Ver artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, artigos 2º e 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 7º da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, artigos 8º e 10 da Declaração Universal de Direitos Humanos.

⁷⁵ Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Comentário Geral n.º 31, de 29 de março de 2004, para. 15.

4.2. As jurisprudências da Corte Europeia de Primeira Instância e da Corte Europeia de Justiça

Em 2008 a Corte Europeia de Justiça (“CEJ”) declarou nula a regulação 881/2002 do Conselho Europeu, que implementava o sistema de sanções anti-terroristas imposto pela resolução 1267 do CSNU, com base no argumento de que tal regulamento violava direitos fundamentais europeus.⁷⁶ Dessa maneira, apesar de não pertencer ao sistema das Nações Unidas, a CEJ reconheceu implicitamente que o poder do CSNU se encontra limitado por direitos fundamentais europeus. Já a Corte Europeia de Primeira Instância (“CEPI”), que teve o seu julgamento reformado pela CEJ, reconheceu explicitamente a existência de um padrão mínimo inviolável pelo CSNU, composto por normas *jus cogens*. A seguir serão expostos os fatos do caso *Kadi* e a *ratio decidendi* de ambas as Cortes.

Tendo os seus ativos financeiros congelados na Europa após a aplicação do sistema de sanções anti-terroristas, o empresário saudita *Kadi* argumentou que a Regulação 881/2002 violava seus direitos fundamentais à propriedade, devido processo legal e garantias judiciais. O argumento do requerente baseou-se em grande parte na jurisprudência da CEJ, na Convenção Europeia de Direitos Humanos e no direito constitucional de grande parcela dos países europeus. O Conselho Europeu defendeu-se sobretudo com base na natureza obrigatória das resoluções do CSNU, adotadas sob a égide do capítulo VII da Carta.

A Corte Europeia de Primeira Instância ponderou que, para tomar uma decisão sobre o caso, seria necessário analisar, em primeiro lugar, a relação entre o ordenamento jurídico internacional e o ordenamento regional europeu e, em segundo, a relação de subordinação do sistema europeu às resoluções do CSNU. Em um enfoque essencialmente monista, a CEPI exaltou a supremacia da Carta das Nações Unidas (artigo 103) sobre os demais tratados internacionais, incluindo a Convenção Europeia de Direitos Humanos e tratados celebrados no âmbito da Comunidade Europeia. Em seguida, considerou que o Conselho Europeu está diretamente vinculado à Carta da ONU e declarou que é, em geral, incompetente para realizar o controle de legalidade sobre o CSNU, a não ser em caso de conflito entre resoluções e

⁷⁶ CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. Acórdão de 3 de setembro de 2008 – Yassin Abdullah Kadi, Al Barakat International Foundation v. Conselho da União Europeia & Comissão das Comunidades Europeias, Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte. Publicado no Jornal Oficial da União Europeia, C 285/2, 8 de novembro de 2008.

normas de *jus cogens*.⁷⁷ Nesse sentido, a CEPI considerou o *jus cogens* como um conjunto de normas superiores que vinculam todos os sujeitos de direito internacional, inclusive os órgãos das Nações Unidas. Ao determinar que as normas de *jus cogens* formam o único parâmetro possível de controle da legalidade dos atos do CSNU, a CEPI entendeu que seriam nulas – com efeitos *ex tunc* – quaisquer resoluções conflitantes com aquelas normas e, por esse motivo, a tais diplomas viciados nem os Estados nem a Comunidade Europeia se vinculariam.⁷⁸ Assim, depois de um exame sobre a natureza dos direitos fundamentais invocados pelo requerente, a CEPI finalmente decidiu que o congelamento de ativos não violava normas *jus cogens*, razão pela qual se manteve em vigor a Regulação 881/2002.

Fortemente influenciada pelo parecer do Advogado-Geral Maduro,⁷⁹ a Corte Europeia de Justiça (CEJ) reverteu o entendimento da CEPI por meio de uma perspectiva dualista. Em seu parecer, o Advogado-Geral ressaltou a inexistência de um mecanismo judicial de controle no sistema das Nações Unidas, uma vez que o Comitê de Sanções – um órgão diplomático – é o único com poderes para revisar a Lista Consolidada. Em seguida, supôs que, se tal mecanismo existisse, a CEJ não teria a obrigação de revisar as medidas regionais adotadas para implementar resoluções do CSNU. Por fim, conclui que enquanto não for criado esse mecanismo no seio das Nações Unidas, as instituições da Comunidade Europeia não podem prescindir de revisar as resoluções do CSNU na ordem jurídica comunitária.⁸⁰

Acolhido o entendimento do Advogado-Geral, a CEJ passou a enfatizar a separação e autonomia do sistema jurídico europeu em relação ao internacional, ademais da prioridade a ser conferida aos direitos fundamentais consagrados no próprio sistema. Nesse sentido, declarou que as obrigações impostas por tratados não podem causar prejuízo aos princípios constitucionais da Comunidade Europeia e que, portanto, os órgãos judiciais da Comunidade Europeia têm plena jurisdição para examinar a legalidade das medidas adotadas para efetivar resoluções do CSNU.⁸¹ Assim, ao constatar as violações dos direitos à propriedade, ao devido processo legal

⁷⁷ Corte Europeia de Primeira Instância. Caso T-315/01 (Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities), julgamento de 21 de setembro de 2005, para. 226: “None the less, the Court is empowered to check, indirectly, the lawfulness of the resolutions of the Security Council in question with regard to *jus cogens*, understood as a body of higher rules of public international law binding on all subjects of international law, including the bodies of the United Nations, and from which no derogation is possible”.

⁷⁸ *Id.*, para. 230.

⁷⁹ Corte Europeia de Justiça. **Opinion of Advocate General Poiares Maduro delivered on 16 January 2008**. Disponível em http://blogeuropa.eu/wp-content/2008/02/cnc_c_402_05_kadi_def.pdf (acessado em 26 de maio de 2011).

⁸⁰ *Id.*, para. 54.

⁸¹ Corte Europeia de Justiça. Casos T-306/01 e T-315/01 (Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities), julgamento de 21 de setembro de 2005, para. 316.

e a garantias judiciais do requerente, a CEJ determinou a revogação da Regulação 881/2002.

É interessante notar no caso *Kadi* que a decisão de anular os efeitos de uma resolução do CSNU pode ser fundamentada tanto em termos de direito interno, como o fez a CEJ em sede de apelação, quanto em termos de direito internacional, conforme o julgamento da CEPI. Nota-se que tanto um julgamento quanto o outro tinha o mesmo propósito, qual seja, o de proteger normas imperativas de ordem pública – *jus cogens* e direitos fundamentais. A proteção de direitos fundamentais e normas de *jus cogens* é função comum aos sistemas internos e internacional, que se interagem de formar complementar. A CEPI realizou o diálogo complementar entre esses sistemas; já a CEJ decidiu declarar a prevalência dos direitos fundamentais europeus sobre o direito internacional, à luz da condição proposta pelo Advogado-Geral, qual seja, que tal prevalência fosse mantida enquanto não fosse criado um sistema judicial de revisão nas Nações Unidas.⁸²

4.3. Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos

Os casos *Behrami*, *Saramati* e *Bosphorus* envolvem conflitos entre a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e atos autorizados e delegados pelo CSNU. Esses casos foram decididos antes do paradigmático julgamento *Kadi*, da CEJ, e, talvez por isso, tenham trilhado soluções tão diferentes. Entretanto, no dia 7 de julho de 2011, ao prolatar o julgamento do caso *Al-Jedda v. Reino Unido*, a jurisprudência da CEDH tomou um rumo oposto para coadunar-se com a mais recente prática internacional.

Os casos *Behrami* e *Saramati* referem-se, respectivamente, à legalidade de certos atos praticados pela Missão de Administração Interina das Nações Unidas no Kosovo (*United Nations Interim Administration Mission in Kosovo* – “UNMIK”) e pelas forças de segurança das Nações Unidas no Kosovo (“KFOR”), ambas criadas pela Resolução 1244 do CSNU, adotada sob a égide do capítulo VII da Carta, e com poderes coercitivos delegados. No caso *Behrami v. França*, o requerente, albanês, acusou a KFOR de ter sido responsável pela morte de um de seus filhos após a explosão de uma bomba. Passada a fase de esgotamento dos recursos internos, o

⁸² Nesse sentido, ver outros casos que foram decididos pela CEJ ou que ainda estão pendentes: *Al-Faqih v. Council* (T-135/06); *Sanabel Relief Agency Ltd v. Council* (T-136/06); *Abdrabbah v. Council* (T-137/06); *Nasuf v. Council* (T-138/06); *Ayadi v. Council*; *Hassan v. Council and Commission*; *Othman v. Council and Commission*.

requerente recorreu à jurisdição da CEDH, alegando violação do direito à vida (artigo 2º da Convenção Europeia) de seu filho.

No caso *Saramati v. França, Alemanha e Noruega*, o requerente, kosovar, foi detido por agentes da UNMIK com base na Resolução 1244 do CSNU, e permaneceu preso por um longo período, sob a alegação de que a sua detenção era necessária para a segurança da região. Tendo sido inocentado de todas as acusações pela corte nacional de última instância, *Saramati* buscou reparações perante a CEDH, alegando a violação dos direitos à liberdade, segurança e garantias judiciais (artigos 5º e 13 da Convenção Europeia).

Por conta do impasse jurídico em relação à atribuição de responsabilidade às organizações internacionais, os requerentes decidiram levar o caso contra o país de origem dos agentes que serviam sob o mandato da UNMIK e KFOR, quais sejam, França, Alemanha e Noruega. Contudo, foi exatamente o contrário que a CEDH decidiu, a saber: que os atos dos agentes da KFOR e da UNMIK são atribuíveis apenas às Nações Unidas, e não individualmente aos Estados participantes da operação. Ao decidir a questão da atribuição, restou à CEDH deliberar acerca do alcance de sua jurisdição, uma vez que as Nações Unidas não são Parte da Convenção Europeia.⁸³

Ao reconhecer que os atos da KFOR e da UNMIK eram atribuíveis ao CSNU, a CEDH declarou-se incompetente *ratione personae* para revisar a legalidade de quaisquer atos atribuíveis às Nações Unidas, porquanto as Nações Unidas não eram Parte da Convenção. A CEDH também sustentou que a Convenção Europeia deveria ser interpretada à luz da Carta da ONU, tendo em vista a sua ratificação universal no sistema europeu e, principalmente, os seus artigos 25 e 103.⁸⁴

As decisões nos casos *Behrami* e *Saramati* foram distintas do precedente firmado em *Bosphorus v. Irlanda*. Este litígio surgiu com a apreensão de uma embarcação estrangeira por autoridades irlandesas, com fulcro em uma regulação do Conselho Europeu que efetivava determinada resolução do CSNU, adotada sob o capítulo VII da Carta. No caso *Bosphorus* a CEDH havia decidido que enquanto uma organização internacional mantivesse um sistema de proteção de direitos humanos equivalente ao do Conselho da Europa, a Corte presumiria a legalidade de seus atos e das medidas adotadas pelos Estados Membros em cumprimento a obrigações

⁸³ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*. Decisão de 2 de maio de 2007, para. 144.

⁸⁴ *Id.*, para. 147.

decorrentes de sua adesão, a não ser que houvesse provas sobre a ineficiência do sistema de proteção.⁸⁵ Essa perspectiva não foi mantida pela Corte nos casos *Behrami* e *Saramati*, em relação aos atos das Nações Unidas, por considerar que estes ocorreram extraterritorialmente (na ex-Iugoslávia) ao espaço coberto pela Convenção Europeia.⁸⁶

O caso *Al-Jedda v. Reino Unido* representa uma ruptura nessa jurisprudência. Nesse caso – cujos fatos serão abordados detalhadamente abaixo –,⁸⁷ o Governo do Reino Unido sustentou que a resolução 1546, do CSNU, impôs-lhe a obrigação de usar métodos de detenção para preservar a segurança no Iraque. Assim, segundo o Governo britânico, essa obrigação deveria prevalecer sobre os direitos à liberdade e à segurança, garantidos pelo artigo 5º da Convenção Europeia.

Ao proferir a sentença do caso *Al-Jedda*, a CEDH declarou que as Nações Unidas foram criadas não apenas para a manutenção da paz e segurança internacionais, mas também para a promoção dos direitos humanos. Por esse motivo, o artigo 24 (2) da Carta impôs ao CSNU a obrigação de agir em conformidade com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Em vista disso, ao interpretar as resoluções do CSNU, a CEDH julgou necessário presumir que, na ausência de linguagem explícita, os atos desse órgão não impõem medidas contrárias ao direito internacional dos direitos humanos. Como a resolução 1546 não se referia explicitamente à suspensão de direitos fundamentais no Iraque, a Corte optou por uma interpretação que tornasse a referida resolução compatível com a Convenção Europeia – em vista do propósito das Nações Unidas de promoção dos direitos humanos. Ao adotar essa interpretação, a Corte concluiu que a intenção do CSNU era que os Estados contribuíssem para a manutenção da segurança no Iraque enquanto observassem suas obrigações decorrentes do direito internacional dos direitos humanos. O Reino Unido foi condenado a reparar os danos do requerente pela violação do artigo 5º da Convenção Europeia.

Cabe mencionar que um quinto caso relativo à resolução 1267 encontra-se pendente na Grande Câmara (*Grand Chamber*) da CEDH, no qual consta a alegação de violação do direito ao devido processo legal (artigo 6º).⁸⁸ Os próximos julgamentos

⁸⁵ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm Vê Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*. In *Reports of Judgments and Decisions 2005, VI*. Julgamento de 30 de junho de 2005, paras. 155, 156.

⁸⁶ BÚRCA, Gráinne de. *The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi*. *Harvard International Law Journal*, v. 51, 2010, pp. 11-16.

⁸⁷ Cf. *infra*, seção 5.4.1.

⁸⁸ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case of Nada v. Switzerland* (no. 10593/08).

da CEDH serão muito significativos para o desenvolvimento do controle de legalidade no direito internacional; espera-se que a Corte consolide a jurisprudência inaugurada no caso *Al-Jedda*.

4.4. Jurisprudência do juiz interno

Certas resoluções do CSNU que restringem os direitos à propriedade, às garantias judiciais e ao devido processo legal (ampla defesa e contraditório) acabam por afrontar direitos fundamentais em uma pluralidade de Estados. Muitos destes não aplicam *diretamente* as resoluções do CSNU, pois optam por incorporá-las ao ordenamento jurídico nacional por meio de atos legislativos internos. Logo, o questionamento acerca da legalidade recai sobre normas internas que dão eficácia a tais resoluções, e não sobre as resoluções em si, tal como ocorreu na Comunidade Europeia. É assim que os problemas de jurisdição têm sido afastados pelos tribunais internos.

Foi no ano de 2005 que o número de ações contestando a legalidade das *targeted sanctions* começou a se intensificar. Até janeiro de 2011, foram identificados 44 casos, ajuizados tanto a nível regional, perante a Corte Europeia de Justiça (9) e a Corte Europeia de Direitos Humano (5), quanto – e sobretudo – em nível nacional, no Reino Unido (5), Paquistão (3), Estados Unidos (11), Suíça (2), Turquia (2), Irlanda (2), Holanda (1), Bélgica (1), Canadá (2), Croácia (1) e Itália (1). Vale lembrar que o CDH, órgão de monitoramento do PIDCP, também se pronunciou a esse respeito, como foi examinado no caso *Sayadi v. Bélgica*.⁸⁹

4.4.1. Reino Unido

Até 2010 foram identificados, no Reino Unido, cinco casos acerca de atos que incorporam resoluções do CSNU ao ordenamento jurídico interno, todos inseridos no contexto da repressão do terrorismo internacional. Os mais paradigmáticos foram o caso *Al-Jedda*, de 2007, e o recente *Ahmed and others*, de 2010.⁹⁰

⁸⁹ O seguinte estudo tem como fonte documental principalmente os *Reports of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team established pursuant to UNSC resolution 1526 (2004) and extended by resolution 1822 (2008)*, publicados no período compreendido entre 25 de agosto de 2004 e 29 de setembro de 2010.

⁹⁰ Câmara dos Lordes do Reino Unido, sessão 2007-2008, vol. 58, ano 2007. **Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the cause Al-Jedda v Secretary of State for Defence**. In: *Session 2007-08 [2007] UKHL 58*; Corte Suprema do Reino Unido, **Her Majesty's Treasury v. Mohammed Jabar Ahmed and others, Her Majesty's Treasury v. Mohammed al-Ghabra, R. v. Her Majesty's Treasury**, julgamento de 27 de janeiro de 2010. In: *[2010] UKSC 2*.

No caso *Al-Jedda*, a Câmara dos Lordes (*House of Lords*) do Reino Unido⁹¹ deparou-se diante da alegação de incompatibilidade entre a Resolução 1546, adotada pelo CSNU, e a lei *Human Rights Act 1998*, que implementava o artigo 5º, § 1º, da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.⁹² Os fatos do caso podem ser resumidos da seguinte maneira: em 2004 Al-Jedda foi preso em Bagdá por soldados ingleses, sob a alegação de que fazia parte de um grupo terrorista que contrabandeava armas no Iraque. Autoridades inglesas consideraram necessário manter Al-Jedda preso por motivos de segurança nacional, embora nenhuma denúncia formal tenha sido apresentada. Em 2005 Al-Jedda iniciou um processo contra as autoridades inglesas, no qual alegava a violação do direito à liberdade; o Governo, por sua vez, sustentou que a Resolução 1546 do CSNU autorizava a detenção.

A Câmara dos Lordes decidiu que, no que tange às razões imperativas de segurança nacional, o Reino Unido estava autorizado a realizar detenções sumárias em decorrência dos poderes concedidos pela resolução 1546 e da supremacia da Carta das Nações Unidas (artigo 103). Alertou, no entanto, que os direitos dos detentos consagrados no artigo 5º, § 1º, da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, não deveriam ser violados em proporção maior do que o minimamente necessário para a consecução da detenção. Todavia, conforme já assinalado, a CEDH reverteu esse entendimento e declarou que o Reino Unido violou o artigo 5º da Convenção.

Ressalte-se que a Câmara dos Lordes rejeitou um dos principais argumentos da defesa, baseado nos casos *Behrani* e *Saramati* da CEDH. Segundo a defesa, qualquer violação de direitos decorrente do cumprimento da resolução 1546 deveria ser atribuída às Nações Unidas, o que tornava as tropas inglesas inimputáveis pelos atos cometidos no Iraque. A maioria da Câmara dos Lordes rejeitou esse argumento, recordando que as tropas inglesas não operavam no Iraque sob o auspício das Nações Unidas.

⁹¹ Até o ano de 2009, a Câmara dos Lordes, que integra o Parlamento inglês, desempenhou a função de tribunal de último recurso no Reino Unido. Em 1º de outubro de 2009, essa função foi atribuída à Corte Suprema do Reino Unido.

⁹² Artigo 5º, § 1º: Toda a pessoa tem direito a liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:

- a) Se for preso em consequência de condenação por tribunal competente;
- b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei;
- c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infração ou de se por em fuga depois de a ter cometido;
- d) Se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente;
- e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicômano ou de um vagabundo; f) Se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição.

O caso *Al-Jedda* levantou duas questões importantes: em primeiro, a relação normativa entre a Carta da ONU e a Convenção Europeia de Direitos Humanos; em segundo, a atribuição de responsabilidade no cumprimento de resoluções do CSNU. Quanto à primeira questão, declarou-se a supremacia da Carta – nos termos de seu artigo 103 – em relação à Convenção Europeia. Quanto à segunda, a Câmara dos Lordes afastou-se do entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos nos casos *Behrani v. França* e *Samarati v. França, Alemanha e Noruega*, nos quais a Corte se declarou incompetente por considerar que as violações eram atribuíveis a forças das Nações Unidas que atuavam sob o mandato da UNMIK – Missão das Nações Unidas para a Administração Interina no Kosovo.

Em 27 de janeiro de 2010, a Corte Suprema do Reino Unido julgou um dos primeiros casos de sua história, relativo aos efeitos do *United Nations Act 1946*, que delegou ao Executivo amplos poderes para dar efeito a resoluções do CSNU. Alegou-se, no caso *Ahmed and others v. HM Treasury*, vícios materiais da *Terrorism Order 2006* (TO) e da *Al-Qaida and Taliban Order 2006* (AQO), que supostamente violavam direitos fundamentais, bem como vícios formais, em razão de o *Majesty's Treasury* ter agido *ultra vires*.⁹³ Para os objetivos do presente estudo, apenas alguns dos alegados vícios materiais serão abordados.

As resoluções 1267(1999), 1333(2000), 1390(2002), 1455(2003), 1526(2004), 1617(2005), 1735(2006), 1822(2008) e 1904(2009), do CSNU, que visam a suprimir o financiamento a organizações terroristas, foram incorporadas ao ordenamento interno britânico por meio da *United Nations Act 1946* e efetivadas por atos administrativos específicos, como a TO e a AQO. Estes atos foram responsáveis pelo congelamento dos ativos de indivíduos incluídos na lista gerida pelo Comitê de Sanções do CSNU. Novamente, alegou-se a incompatibilidade de tais atos com o *Human Rights Act 1998* e a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Os juízes unanimemente reconheceram que a limitação a certos direitos fundamentais é inevitável para a efetividade das aludidas resoluções do CSNU.⁹⁴ Alguns juízes analisaram se o precedente *Kadi*, da Corte Europeia de Justiça, poderia ser aplicado ao caso; concluiu-se que o desfecho daquele caso só foi possível porque a CEJ integra um sistema jurídico autônomo, externo ao sistema das Nações Unidas e não vinculado pela Carta da ONU. Já o Reino Unido, por ser Membro da ONU, não

⁹³ Corte Suprema do Reino Unido, *Her Majesty's Treasury v. Mohammed Jabar Ahmed and others, Her Majesty's Treasury v. Mohammed al-Ghabra, R. v. Her Majesty's Treasury*, julgamento de 27 de janeiro de 2010. In: [2010] UKSC 2.

⁹⁴ *Ibid*, para. 47.

poderia tomar uma decisão sob o auspício do caso *Kadi*, uma vez que está vinculado ao artigo 103 da Carta das Nações Unidas, que prevalece inclusive sobre a Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁹⁵ Assim, a Corte Suprema seguiu a decisão da Câmara dos Lordes no caso *Al-Jedda*, e considerou que a referência do artigo 103 a *qualquer outro acordo internacional* não deixa espaço a exceções, aplicando-se também a instrumentos internacionais de direitos humanos.⁹⁶

Vale mencionar que o juiz Mance sugeriu a ilegalidade de certas resoluções do CSNU no *nível internacional*, já que um dos objetivos das Nações Unidas, como consta no Preâmbulo da Carta e em diversas resoluções adotadas no sistema ONU, é a promoção e proteção dos direitos humanos. O juiz apontou que, no *nível nacional*, a questão da legalidade dessas resoluções só pode ser indiretamente abordada se traduzida nos termos de incompatibilidade entre atos administrativos e direitos fundamentais.⁹⁷

Não obstante a supremacia da Carta, a TO e a AQO foram declaradas ilegais, por força de vícios formais. O Juiz Hope considerou, em conjunto com os Juízes Walker e Hale, que atos administrativos capazes de limitar direitos fundamentais devem ter a clara e explícita aprovação do Parlamento, e não devem ser formulados em termos gerais e ambíguos, como a TO e a AQO.⁹⁸ A Corte Suprema decidiu que tais atos foram adotados *ultra vires* e declarou a nulidade de seus efeitos. Assim, as resoluções 1267(1999), 1333(2000), 1822(2008) e 1904(2009), do CSNU, apesar de incorporadas ao ordenamento interno pelo *United Nations Act 1946*, perderam efetividade, e o regime de congelamento sumário de ativos no Reino Unido foi temporariamente suprimido.⁹⁹

4.4.2. Canadá

O caso *Abdelrazik v. Ministro de Negócios Estrangeiros* (2009) também se insere no contexto da repressão do terrorismo internacional. Trata-se de caso acerca de um canadense naturalizado que foi impedido de voltar ao Canadá, onde morava com a família, por conta de sua inclusão na Lista Consolidada, com fundamento na

⁹⁵ *Ibid*, para. 203: “But, of course, the European Community is not a member of the UN: unlike the UK, it is not under an international law obligation to implement Security Council decisions under article 41 of Chapter VII of the Charter and, more particularly, to do so in the light of article 103 of the Charter”.

⁹⁶ *Ibid*, paras. 72, 74, 106, 204.

⁹⁷ *Ibid*, para. 245.

⁹⁸ *Ibid*, paras. 61, 75.

⁹⁹ Em fevereiro de 2010 o regime de congelamento de ativos foi provisoriamente restabelecido pelo *Terrorist Asset-Freezing (Temporary Provisions) Act 2010* e, em 2011, após aprovação no Parlamento inglês, foi definitivamente efetivado pelo *Terrorist Asset Freezing etc Act 2010-2011*.

resolução 1267. O requerente argumentou, perante a Corte Federal do Canadá, que tal proibição constituía violação da seção 6 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, que consagra a liberdade de movimento e direito de residência. Ao analisar o regime jurídico da resolução 1267, a Corte Federal declarou que esta infringia direitos fundamentais, como se pode notar no trecho a seguir:

“I add my name to those who view the 1267 Committee regime as a denial of basic legal remedies and as untenable under the principles of international human rights. There is nothing in the listing or de-listing procedure that recognises the principles of natural justice or that provides for basic procedural fairness. (...) The 1267 Committee listing and de-listing processes do not even include a limited right to a hearing. It can hardly be said that the 1267 Committee process meets the requirement of independence and impartiality when, as appears may be the case involving Mr Abdelrazik, the nation requesting the listing is one of the members of the body that decides whether to list or, equally as important, to de-list a person. The accuser is also the judge.”¹⁰⁰

A Corte Federal criticou duramente a resolução 1267, apontado para violações de princípios fundamentais, como a presunção da inocência e o juiz natural, e de direitos fundamentais tais como o direito a devido processo legal e a garantias judiciais. Foi declarada a violação de direitos fundamentais do requerente, por conta do procedimento da resolução 1267, e permitido o seu imediato retorno ao Canadá, com o auxílio financeiro do próprio Estado.

É interessante notar que em nenhum momento a Corte Federal declarou a supremacia da Constituição sobre o direito internacional, ou vice-versa. Na verdade, adotou-se uma atitude ambígua: foi declarada a violação de direito fundamental por parte do Estado canadense e, ao mesmo tempo, por meio de um minucioso exercício hermenêutico, verificou-se a não violação das resoluções ao autorizar o retorno do requerente ao país de origem. Vale notar que, em dezembro de 2007, o Comitê de Sanções do CSNU recusou a solicitação do Estado canadense de que fosse retirado o nome do requerente da lista de suspeitos a colaborar com o terrorismo internacional. Dois anos depois, com o nome do requerente ainda na lista, a decisão da Corte Federal retirou a eficácia de uma das mais importantes regras da resolução 1267, qual seja, a proibição de viagens internacionais impostas aos integrantes da lista. O Governo não recorreu da decisão e, em 27 de junho de 2009, depois de seis anos em exílio, o requerente voltou para casa, em Montreal.¹⁰¹

¹⁰⁰ Caso *Abdelrazik v. Canadá (Foreign Affairs)*, 2009 FC 580, Canadá: Corte Federal, julgamento de 4 de junho de 2009, para. 51, grifos adotados.

¹⁰¹ Em 7 de junho de 2010 foi iniciado um novo caso que contesta a legalidade da Resolução 1267, com fundamento em direitos fundamentais da Constituição Canadenses e no direito internacional. Ver caso *Abdelrazik et al* (T-889-10).

4.4.3. Estados Unidos da América

Um interessante estudo realizado em 2006 contabiliza o impacto de documentos das Nações Unidas (convenções, declarações, resoluções, relatórios, trabalhos preparatórios, etc.) nos tribunais americanos.¹⁰² De 410 referências a documentos da ONU em julgamentos ou votos dos magistrados, apenas 36 eram relativas a resoluções do CSNU. O mais surpreendente, no entanto, é que em nenhuma dessas 36 referências as resoluções do CSNU foram tratadas como instrumentos vinculantes, mesmo quando aprovadas sob a égide do capítulo VII da Carta. Isso não quer dizer que as resoluções foram violadas nessas ocasiões; apenas não se reconheceu, ou simplesmente se ignorou, a sua natureza *mandatória*. Aliás, em apenas dois casos constata-se violação clara de resoluções vinculantes do CSNU, quais sejam, *Diggs v. Shultz* e *Diggs v. Richardson*, ambos da década de 1970.¹⁰³ O estudo constata que, a partir de 2001, o número de referências pelos magistrados americanos a documentos da ONU cresceu em larga escala. Os casos analisados abaixo são todos pós-2001, quando, pela primeira vez, passou-se a alegar a violação de direitos fundamentais por atos administrativos (Ordem Executiva 13224) que efetivavam resoluções do CSNU.

Nos primeiros anos pós-2001, todos os casos que questionavam a legalidade do processo de listagem foram rejeitados. Os requerentes alegaram, em geral, violação do direito ao devido processo legal, do direito à liberdade de expressão, à liberdade de associação e de religião. Alguns casos foram resolvidos por meio de acordos extrajudiciais;¹⁰⁴ outros poucos foram arquivados com a retirada dos nomes dos autores da Lista Consolidada;¹⁰⁵ a maioria, no entanto, foi rejeitada com base em argumentos vagos, como a constatação de que o Governo tinha fundamento factual suficiente para impor sanções – mesmo que tais fundamentos fossem confidenciais e desconhecidos pelos requerentes –,¹⁰⁶ ou a concessão do *privilégio de segredos de*

¹⁰² HELLYER, Paul. **U.N. Documents in U.S. Case Law**. In: *Law Library Journal*, vol. 99, 2007, pp. 73-86, disponível em: http://www.aallnet.org/products/pub_llj_v99n01/2007-04.pdf (acessado em 28 de abril de 2011).

¹⁰³ O primeiro caso trata de conflito normativo entre lei federal e resolução do CSNU que impunha embargo econômico sobre a Rodésia, conflito este que foi resolvido pela Corte Federal de Recursos com a declaração de prevalência da lei federal que autorizava o comércio com aquele país. O segundo trata de conflito entre ato administrativo e resolução do CSNU que proibia o turismo na África do Sul; os magistrados declararam a resolução *non-self-executing*, o que, em termos práticos, representava a liberação do turismo naquele país.

¹⁰⁴ O primeiro caso envolvendo a Fundação Al-Haramain (2006) – que integra a Lista Consolidada – não questiona diretamente o processo de listagem, mas a apreensão arbitrária de milhares de materiais religiosos no momento em que os seus ativos foram congelados. O caso foi resolvido por acordo entre as partes, no qual o Governo se comprometeu a devolver os materiais religiosos, incluindo milhares de cópias do Alcorão, que foram distribuídas publicamente.

¹⁰⁵ Ver caso *Aaran Money Wire Services Inc. et al. v. United States* (2003).

¹⁰⁶ Em 2002, uma série de ações da *Global Relief Foundation* acerca de supostas violações de direitos fundamentais foram rejeitadas por uma Corte Federal, que constatou que o Governo tinha fundamento factual suficiente para impor sanções contra a organização.

Estado para impedir o andamento do processo,¹⁰⁷ ou simplesmente por meio de interpretações restritivas de direitos fundamentais.¹⁰⁸

A partir do final de 2008 alguns tribunais começaram a abandonar a jurisprudência majoritária, com o reconhecimento de violações de direitos fundamentais no processo de congelamento de ativos e da inconstitucionalidade de certos atos administrativos. Em novembro de 2008, no caso *Al-Haramain Islamic Foundation v. United States Department of Treasury*, a Corte Distrital de Oregon decidiu que o termo *apoio material ao terrorismo*, que consta na Ordem Executiva 13224,¹⁰⁹ é inconstitucionalmente vago e portanto viola o direito ao devido processo legal do requerente.¹¹⁰ A Fundação *Al-Haramain* teve recurso provido também em outro caso, no qual foi rejeitado o argumento do Governo acerca do privilégio de segredos de Estado.

Um ano depois, em agosto de 2009, a Corte Distrital do Norte de Ohio ordenou, no caso *KindHearts for Charitable Humanitarian Development v. Timothy Geithner*,¹¹¹ a suspensão *temporária* da Ordem Executiva No. 13224, que determinava o congelamento dos ativos da *KindHearts Inc.* por suposta colaboração com o terrorismo internacional. A decisão teve consequências importantes, pois a Ordem Executiva efetivava a resolução 1373(2001) do CSNU – ainda que aquela tenha sido publicada cinco dias *antes* da adoção desta resolução.¹¹² O juiz declarou que o congelamento de ativos violava a Quarta e Quinta Emendas Constitucionais, referentes, respectivamente, à proteção contra buscas e apreensões e ao devido

¹⁰⁷ Ver caso *Al-Haramain Islamic Foundation v. Bush*: o segundo caso envolvendo a Fundação Al-Haramain questionava o programa de monitoramento eletrônico do Governo americano, que funcionava sem ordem judicial e se direcionava a integrantes da Lista Consolidada. O Governo sustentou que o caso envolvia segredos de Estado e deveria, portanto, ser rejeitado. Em 2006 uma Corte Distrital acatou o argumento do Governo; no entanto, em 2010 uma Corte de Apelações reverteu a decisão a favor do demandante.

¹⁰⁸ Ver caso *Aqeel Abdulaziz Al-Aqeel v. Secretary of the Treasury*: o demandante, logo que incluído na Lista Consolidada, alegou que o seu direito fundamental ao devido processo legal fora violado na medida em que informações administrativas a seu respeito não foram integralmente disponibilizadas. Em 2008, a Corte Distrital de Columbia concluiu, por meio de uma interpretação *restritiva* do direito ao devido processo legal, que não houve tal violação.

¹⁰⁹ Estados Unidos da América. *Executive Order 13224*, assinada pelo Presidente George W. Bush em 23 de setembro de 2001, grifos aditados: “Section 1. (...) all property and interests in property of the following persons that are in the United States or that hereafter come within the United States, or that hereafter come within the possession or control of United States persons are blocked: (i) to assist in, sponsor, or provide financial, material, or technological support for, or financial or other services to or in support of, such acts of terrorism or those persons listed in the Annex to this order or determined to be subject to this order”.

¹¹⁰ Ver caso *Al-Haramain Islamic Foundation v. United States Department of Treasury*.

¹¹¹ Caso *KindHearts for Charitable Humanitarian Development Inc v. Timothy Geithner*, julgamento de 18 de agosto de 2009, *United States District Court for the Northern District of Ohio*.

¹¹² U.N. Doc. S/RES/1373(2001), adotada em 28 de setembro de 2001: “Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, 1. *Decides* that all States: (...) (c) Freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts; of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons; and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of such persons and entities, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by such persons and associated persons and entities”.

processo legal e justa reparação. Além disso, o juiz determinou ao Governo que deixasse de classificar a *KindHearts* como terrorista global.¹¹³

Portanto, é possível perceber duas fases na jurisprudência americana: na primeira (de 2001 a meados de 2008) todos os casos que questionavam a legalidade das ações contra o terrorismo foram rejeitados; na segunda, já sob o auspício do Governo Obama (final de 2008 a 2010), alguns casos tiveram êxito com a declaração de violação de direitos fundamentais. Assim como ocorreu no Canadá, as decisões dos juízes americanos não foram fundamentadas em instrumentos internacionais, mas apenas na constituição nacional. Mais uma vez, o problema foi resolvido sem que fosse enfrentada a velha questão da supremacia do direito interno ou do direito internacional.

Ainda há nos tribunais americanos outros casos envolvendo a legalidade da Ordem Executiva 13224 e do congelamento de ativos financeiros.¹¹⁴

4.4.4. Bélgica e Holanda

Em 2005 a Corte de Primeira Instância de Bruxelas ordenou o Estado belga a iniciar o procedimento de retirada (*delisting*) dos nomes de dois indivíduos da lista do Comitê de Sanções do CSNU, em vista da ausência de provas e do não oferecimento de denúncia criminal contra os requerentes. Durante o processo, o Governo belga alegou que a Corte não tinha jurisdição *ratione materiae* para apreciar atos do CSNU. A Corte reconheceu tal limitação, mas ordenou o Estado belga a *requerer* ao Comitê de Sanções do CSNU, como matéria de urgência, a remoção dos nomes da lista, sob pena de multa diária. A Bélgica cumpriu a sentença, requereu ao Comitê a retirada dos nomes e arquivou a investigação criminal relativa aos dois indivíduos.

O Comitê de Sanções do CSNU não se pronunciou publicamente a esse respeito;¹¹⁵ de fato, até o ano de 2008 os nomes continuaram a integrar a lista. Em 2008, o mesmo caso foi apreciado pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, que apontou para a violação dos artigos 12 (liberdade de movimento) e 17 (proteção de ataques à honra e reputação) do PIDCP.¹¹⁶ Em 20 de julho de 2009 o

¹¹³ Caso *KindHearts for Charitable Humanitarian Development Inc v. Timothy Geithner*, ordem de 26 de outubro de 2009, *United States District Court for the Northern District of Ohio*.

¹¹⁴ Ver caso *Yassin Abdullah Kadi v. United States Department of the Treasury*: em 16 de janeiro de 2009, *Kadi* ajuizou uma ação alegando a violação da Primeira (liberdade de expressão e associação), Quarta (proteção contra buscas e apreensões sem autorização) e Quinta (direito ao devido processo legal e a justa compensação e restituição) Emendas Constitucionais.

¹¹⁵ UN Doc. S/2005/572 – Letter dated 2 September 2005 from the Chairman of the Security Council Committee established pursuant to resolution 1267 (1999) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities addressed to the President of the Security Council, p. 48.

¹¹⁶ Cf. *supra*.

Comitê finalmente retirou os nomes da lista, os quais nunca mais voltaram a integrar, conforme indicado pela sua mais recente versão, atualizada em 6 de junho de 2012.¹¹⁷

A Holanda nem anulou nem examinou a legalidade da Resolução 1267; o que se realizou foi uma interpretação restritiva, preservando-se o princípio da presunção da inocência. Em 6 de julho de 2004, o Comitê de Sanções do CSNU incluiu a filial holandesa da Corporação *Al-Haramain* na Lista Consolidada. A Comunidade Europeia incorporou a Lista em seu sistema por meio de uma regulação do Conselho Europeu, a qual foi prontamente incorporada pela Holanda em seu ordenamento jurídico.

Em 2005 a Promotoria holandesa baseou-se nesses instrumentos para requerer a dissolução da Corporação *Al-Haramain*, mas uma corte de primeira instância rejeitou o pedido do promotor por dois motivos, a saber: (i) pela falta de provas que ligassem a entidade com supostas atividades terroristas e (ii) porque a legislação anti-terrorista não previa o banimento de entidades, mas apenas o congelamento de ativos. O Tribunal de Apelações manteve o julgado anterior e o Governo decidiu não recorrer da decisão. A Corporação *Al-Haramain* não foi dissolvida, mas seus ativos financeiros permaneceram congelados. Na época em que o caso foi decidido, tramitava no Parlamento projeto de lei que previa o banimento de todas as organizações inscritas na Lista Consolidada.¹¹⁸

4.4.5. Suíça

No caso *Nada* (2007),¹¹⁹ o Tribunal Federal Suíço abordou a questão exclusivamente em termos de direito internacional, enfocando o conflito entre, de um lado, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e normas de *jus cogens*, e, de outro, os atos do CSNU. Primeiramente, o Tribunal aludiu à jurisprudência da CEPI e estabeleceu que o caso tratava de *controle incidental* em relação aos limites do *jus cogens*. Assim, o Tribunal identificou o conteúdo material das normas de *jus cogens*, que deveria compreender o direito à vida, a proibição da tortura e tratamento

¹¹⁷ The Consolidated List established and maintained by the 1267 Committee with respect to Al-Qaida, Osama bin Laden, and the Taliban and other individuals, groups, undertakings and entities associated with them. Disponível em: <http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/AQList.pdf>.

¹¹⁸ *Third (S/2005/572), Fourth (S/2006/154), and Fifth (S/2006/750) Reports of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team established pursuant to UNSC resolution 1526 (2004) and extended by resolution 1822 (2008)*, publicados respectivamente em 9 de setembro de 2005, 10 de março de 2006 e 20 de setembro de 2006.

¹¹⁹ Como não foi possível ter acesso ao julgamento do caso *Nada v. SECO*, de 14 de novembro de 2007, o presente autor recorreu à seguinte fonte secundária: KOLB, Robert. *Le contrôle de Résolutions contraignantes du Conseil de sécurité des Nations Unies par des juridictions internationales ou nationales sous l'angle du respect du jus cogens*, In: *Revue Suisse de Droit International et Droit européen*, n° 5, 2008, pp. 405-406.

desumano ou degradante, proibição da escravidão, proibição contra penas coletivas, o princípio da responsabilidade individual no processo penal e o princípio do *non refoulement* (não devolução de refugiados). Quanto aos direitos em litígio, isto é, os direitos a garantias judiciais e ao devido processo legal, o Tribunal determinou que não integravam o rol do *jus cogens*. Portanto, o CSNU não violava, na visão dos juízes suíços, normas imperativas de direito internacional geral.

Em seguida, o Tribunal declarou que, em virtude do capítulo VII da Carta, não havia consenso suficiente sobre a limitação do regime de sanções do CSNU por garantias processuais em favor de indivíduos. Pronunciou-se, também, a respeito do processo de retirada de nomes da Lista Consolidada (*delisting*), o que considerou um progresso, apesar de ainda insuficiente. Enfim, o Tribunal qualificou o *delisting* como prerrogativa exclusiva do CSNU, razão pela qual se declarou incompetente para analisar violações de direitos fundamentais suíços – nesse entendimento, caberia ao Governo suíço requerer o *delisting* ao Comitê de Sanções do CSNU.

Assim, o Tribunal decidiu que, com exceção das normas de *jus cogens*, as obrigações decorrentes da Carta das Nações Unidas devem prevalecer, independentemente de limitações constitucionais internas.

4.4.6. Turquia e Paquistão

Na Turquia, o caso *Kadi* (2007) provocou duas reações diferentes nos magistrados. Em um primeiro momento, a corte de primeira instância cancelou o congelamento de ativos do requerente, por considerar que, de acordo com o texto constitucional, tal medida só poderia ser tomada por decisão judicial, e nunca por ato administrativo. Posteriormente, a Corte Superior Administrativa (Conselho de Estado) da Turquia reverteu a decisão com o argumento de que o Poder Executivo tem a obrigação internacional de implementar resoluções do CSNU – a questão sobre incompatibilidades das resoluções com normas constitucionais foi ignorada.¹²⁰

Há três casos no Paquistão relativos à legalidade do regime jurídico da Resolução 1267. Em 2006 o caso *Al-Rashid Trust* foi julgado pelo Tribunal Superior de Sindh, o qual anulou os efeitos do congelamento de ativos de uma entidade por considerar que a falta de notificação prévia violava normas internas. Desde 2006 este

¹²⁰ UN Doc. S/2005/83 – Letter dated 14 February 2005 from the Chairman of the Security Council Committee established pursuant to resolution 1267 (1999) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities addressed to the President of the Security Council, p. 54; UN Doc. S/2006/750 – Letter dated 18 September 2006 from the Chairman of the Security Council Committee established pursuant to resolution 1267 (1999) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities addressed to the President of the Security Council, p. 49.

caso está pendente na Suprema Corte do Paquistão, enquanto que os outros, relativos a *Hafiz Saeed* e à entidade *Al-Akhtar Trust Internacional*, permanecem sob exame do Tribunal Superior de Sindh.¹²¹

4.4.7. Outros países

Alguns poucos tribunais se declararam incompetentes para apreciar a legalidade de resoluções do CSNU. No caso *Dubsky v. Ireland* foi decidido que não era nem permitido nem apropriado que a corte irlandesa buscasse interpretar resoluções do CSNU.¹²² Trata-se de uma posição diferente do que foi visto no caso *Bosphorus*, que posteriormente foi levado à Corte Europeia de Direitos Humanos.

Em *Bobetko Report*, relativo à obrigação da Croácia de transferir um acusado para o TPII, a Corte Constitucional declarou em termos gerais que não era competente para apreciar a compatibilidade de atos das Nações Unidas com os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.¹²³ No mesmo sentido, os magistrados italianos declararam-se incompetentes para analisar a legalidade de uma regulação do Conselho Europeu que implementava a resolução 1267 do CSNU.¹²⁴

4.5. Abertura condicional entre os sistemas: paralelo entre a doutrina *Solange* e o cenário atual

A recente expansão da Justiça Internacional e a multiplicação de tribunais internacionais representa, além da expansão do *rule of law* no direito internacional,¹²⁵ o crescimento da importância dos juízes – nacionais e internacionais – no exercício de interpretação das normas internacionais, isto é, na determinação do conteúdo, existência e validade das obrigações internacionais. De fato, os juízes internacionais têm exercido um importante papel no desenvolvimento do direito internacional geral e na formação da *opinio juris*. Aos juízes nacionais, por sua vez, também tem sido reservado um importante papel na aplicação direta do Direito Internacional; estes são

¹²¹ Ver, em particular, UN Doc. S/2006/750 – Letter dated 18 September 2006 from the Chairman of the Security Council Committee established pursuant to resolution 1267 (1999) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities addressed to the President of the Security Council, p. 48.

¹²² TZANAKOPOULOS, Antonios. *Domestic Court Reactions to UN Security Council Sanctions*. In: *Challenging acts of international organizations before national courts*. Oxford: Oxford Press, 2010, p. 11.

¹²³ TZANAKOPOULOS, Antonios. *Domestic Court Reactions to UN Security Council Sanctions*. In: *Challenging acts of international organizations before national courts*. Oxford: Oxford Press, 2010, p. 12.

¹²⁴ *Ibid.*; ver também UN Doc. S/2005/83 – Letter dated 14 February 2005 from the Chairman of the Security Council Committee established pursuant to resolution 1267 (1999) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities addressed to the President of the Security Council, p. 53.

¹²⁵ Concordamos com a tese segundo a qual a multiplicação dos tribunais internacionais impulsiona o desenvolvimento e a aplicação do Direito Internacional.

chamados cada vez mais a interpretar normas internacionais, o que tem provocado claros impactos no desenvolvimento do direito internacional geral.¹²⁶

Na verdade, essa exigência – cada vez maior – da participação dos juízes internos em questões internacionais já era prevista nos escritos de Georges Scelle. Na década de 1930, Georges Scelle ensinava que, se o Direito for observado a partir de seu aspecto dinâmico, seria possível perceber que as ordens jurídicas internas e internacional tendem a se juntar. Esse fenômeno decorreria do fato de as autoridades nacionais serem investidas de uma dupla função, a saber: um papel nacional, quando atuam dentro da esfera normativa estatal, e um papel internacional, quando tais autoridades nacionais agem na ordem jurídica internacional, regulando-a e transformando-a.¹²⁷ Scelle chamou esse fenômeno de *loi du dédoublement fonctionnel*, o que corresponderia no vernáculo a *lei do desdobramento* ou *duplicação funcional*.

Se em 1933 a observação de Scelle foi possível apenas em teoria, hoje se trata da realidade da comunidade internacional. Os tribunais internos revestem-se de papel decisivo na promoção do *rule of law* na comunidade internacional ao observarem o cumprimento das obrigações internacionais contraídas por seus Estados. De forma complementar, os tribunais internacionais são indispensáveis na determinação da responsabilidade internacional dos Estados por atos internacionalmente ilícitos. O avanço do *rule of law* na comunidade internacional depende, portanto, de uma relação complementar entre justiça interna e internacional: a primeira, ao possuir caráter essencialmente preventivo *vis-à-vis* a responsabilidade internacional, deve observar o cumprimento e prevenir a violação de obrigações internacionalmente adquiridas por parte das autoridades nacionais; a segunda deve determinar tal responsabilidade, ordenar a cessão dos atos internacionalmente ilícitos e apontar as reparações devidas.

A análise dos casos supramencionados demonstra que essa relação complementar entre justiça interna/regional e internacional não é diferente na questão das resoluções de organizações internacionais. Com efeito, percebe-se que os juízes internos têm examinado a legalidade das resoluções do CSNU – mesmo que indiretamente –, e alguns não hesitaram em declarar a sua ilegalidade, tornando-as ineficazes no ordenamento jurídico nacional. Poucos, no entanto, têm fundamentado a sua *ratio decidendi* em normas de direito internacional; de fato, a maioria tem

¹²⁶ CONFORTI, Benedetto. Qualche riflessione sul contributo dei giudici internazionali ed interni al diritto internazionale. In: Diritti Individuali e Giustizia Internazionale, *Liber Fausto Pocar*. Org: Gabriella Venturini, Stefania Bariatti. Milão: Giuffrè Editore, 2009, pp. 217-221.

¹²⁷ SCELLE, Georges. Règles générales du droit de la paix. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haye, t. 46, pp. 350-362, 1933.

baseado o controle de legalidade em garantias constitucionais. Embora este último caminho não se coadune perfeitamente à teoria do *dédoublement fonctionnel*, nota-se que os juízes internos e regionais têm ocupado um espaço negligenciado pelos juízes internacionais. A nosso juízo, essa tendência deve permanecer enquanto o direito internacional público não se ocupar da revisão das resoluções do CSNU.

Nesse ponto, cabe traçar um paralelo entre a abertura condicional consagrada pela Corte Constitucional Alemã em relação à Comunidade Europeia e a recente prática dos tribunais nacionais e regionais a respeito do sistema de sanções do CSNU. No famoso caso *Solange I*, de 29 de maio de 1974, a Corte Constitucional Alemã considerou que a falta de um catálogo de direitos fundamentais na Comunidade Europeia tornava ineficaz a proteção comunitária desses direitos. Assim, a Corte estabeleceu que, enquanto o direito comunitário não possuísse um catálogo de direitos fundamentais similar ao da Constituição Alemã, caberia a ela analisar a compatibilidade do direito comunitário com o direito alemão.¹²⁸

Doze anos após o caso *Solange I*, a Corte Constitucional Alemã analisou novamente a possibilidade de conflito entre o direito comunitário e os direitos fundamentais consagrados na Constituição. Nessa ocasião, a Corte adotou uma abertura maior ao direito comunitário e, em 22 de outubro de 1986, no caso que ficou conhecido como *Solange II*, reverteu a sua opinião para considerar que o direito comunitário já demonstrava um nível satisfatório de proteção dos direitos fundamentais.¹²⁹

O que interessa no caso *Solange*, para os propósitos deste estudo, é, principalmente, o fato de que um sistema jurídico – o alemão – estabeleceu padrões *substantivos* de proteção dos direitos humanos como *condição* de abertura para outro sistema jurídico, o europeu. Alguns autores têm insistido que o caso *Kadi* pode ser comparado ao *Solange*, na medida em que a CEJ declarou a primazia dos direitos fundamentais europeus sobre o sistema das Nações Unidas com fundamento no alto nível de proteção daquele sistema quando comparado a este, ainda desprovido das mais básicas garantias judiciais.¹³⁰

¹²⁸ George Rodrigo Bandeira Galindo. Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 240.

¹²⁹ George Rodrigo Bandeira Galindo. Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 241.

¹³⁰ Pasquale De Sena, Maria Chiara Vitucci. **The European Courts: between *dédoublement fonctionnel* and balancing of values.** In: European Journal of International Law, vol. 20, 2009.

Nesse sentido, depreende-se que o sistema regional europeu estabeleceu padrões substantivos de proteção dos direitos humanos como condição de abertura para o sistema universal das Nações Unidas. Como assinalado no parecer do Advogado-Geral Maduro, enquanto este não adotar mecanismos de revisão de legalidade e proteção de direitos fundamentais, a CEJ continuará a revisar a compatibilidade de resoluções adotadas pelos órgãos das Nações Unidas com o catálogo de direitos fundamentais europeus.

5. Conclusão: controle incidental e difuso em um sistema descentralizado

É possível depreender, a partir dos trabalhos preparatórios da Carta das Nações Unidas, que todas as medidas foram tomadas para o estabelecimento de um CSNU forte, sem amarras jurídicas e capaz de se sobrepor a maiorias ocasionais. São indicativos disso a dispersão do poder de interpretação da Carta e os termos vagos do capítulo VII (ameaça à paz, ruptura da paz e atos de agressão), cujas definições se fazem de maneira não sistemática, por meio de um exercício essencialmente político. A questão do controle de legalidade dos atos do CSNU foi levantada diversas vezes durante os trabalhos preparatórios, e a ambiguidade da Carta a esse respeito resultou do profundo desacordo entre os redatores. O resultado foi a aprovação de um texto desprovido de regras de interpretação, de definições e, principalmente, de um órgão que detivesse a interpretação autêntica da Carta.¹³¹

O fim da Guerra Fria e o advento da I Guerra do Golfo inauguraram uma nova fase de mobilidade e sintonia entre os membros permanentes do CSNU. A partir do início da década de 1990, o CSNU tornou-se cada vez mais ativo, ampliando os seus poderes com a adoção de medidas relativas à intervenção em conflitos internos, à criação de órgãos para a administração internacional de territórios e ao estabelecimento de tribunais penais internacionais *ad hoc* como órgãos subsidiários para a resolução de conflitos. O escopo do artigo 39 da Carta tornou-se mais amplo graças à extensão das noções de *ameaça à paz* e *ruptura da paz*.¹³² Após os atentados de 11 de setembro, o CSNU iniciou uma nova fase legislativa, a partir de resoluções dirigidas a todos os Estados, com vigência ilimitada, linguagem geral e abstrata, adotadas sob o auspício do capítulo VII da Carta.

A ampliação dos poderes coercitivos do CSNU foi recebida com desconfiança pela comunidade internacional, em vista de sua natureza pouco representativa e anacrônica. O caráter político desse órgão, conjugado com as suas práticas seletivas e desprovidas de transparência, fazem da ampliação dos seus poderes um motivo de preocupação – especialmente pela ausência de limites claros no quadro constitucional da Carta. A crescente percepção de ilegitimidade do CSNU e ilicitude de suas resoluções pode levar países e blocos regionais a deixarem de implementar suas

¹³¹ BEDJAOUI, Mohammed. *Nuevo orden mundial y control de legalidad de los actos del Consejo de Seguridad*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.

¹³² PATRIOTA, Antônio de Aguiar. *O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo: a articulação de um novo paradigma de segurança coletiva*. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre de Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1998.

decisões. Daí a importância da instituição de um controle de legalidade no sistema internacional, que poderia conferir maior legitimidade aos atos do CSNU e submetê-lo ao *rule of law*.

A delimitação dos poderes do CSNU reside em sua natureza de órgão delegado. O seu instrumento constituinte, a Carta das Nações Unidas, impõe-lhe (i) regras de competência, bem como limites de (ii) direito processual e (iii) direito material. Em relação ao exercício do seu mandato, o CSNU pode incorrer em abuso de poder ou em completa omissão. Para os fins do capítulo VII da Carta, cabe ao CSNU determinar as situações que se enquadram nas hipóteses do artigo 39. Embora o enquadramento de uma situação nas hipóteses desse artigo decorra de um processo político, o CSNU pode extrapolar a sua competência e agir *ultra vires*. São ilustrativos os casos *Lockerbie* (CIJ) e *Tadić* (TPII).

O controle de atos de organizações internacionais encontra fundamento não só em seu tratado constituinte, mas, principalmente, no direito internacional geral. Essa constatação não é meramente doutrinária, mas indicada por um progressivo entendimento jurisprudencial de tribunais internos e regionais, que têm realizado o controle indireto de resoluções do CSNU para garantir a salvaguarda de direitos fundamentais e a prevalência de normas de *jus cogens*. Em relação aos tribunais regionais, nota-se que as decisões da CEDH e da CEPI são marcadas por uma perspectiva constitucionalista do direito internacional, porquanto vislumbram o sistema jurídico internacional como uma unidade, regulado por regras e princípios de ordem pública, oriundos da Carta das Nações Unidas e do direito internacional geral. Por sua vez, a CEJ adotou uma postura pluralista ao enfatizar a existência de múltiplos sistemas jurídicos autônomos.¹³³

Quanto aos tribunais internos, percebe-se que a maioria dos casos não foi resolvida com argumentos acerca da prevalência do direito interno sobre o internacional, ou vice-versa. Os ingleses, por exemplo, aplicaram a técnica hermenêutica conhecida como *ponderação de interesses*; os juízes belgas, paquistaneses, canadenses, turcos e americanos fundamentaram suas decisões na constituição nacional e na legislação infraconstitucional; em outro extremo, os suíços basearam suas decisões inteiramente em termos de direito internacional (*jus cogens*).

¹³³ BÚRCA, Gráinne de. *The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi*. *Harvard International Law Journal*, v. 51, 2010, p. 12.

Apenas uma minoria (Itália, Irlanda e Croácia) declarou-se incompetente para apreciar casos que envolviam resoluções do CSNU.

Vale frisar que, com raras exceções, o artigo 103 da Carta da ONU não tem sido aplicado pelos tribunais. Entre os dois imperativos de ordem pública em jogo, de um lado, a segurança internacional e a supremacia da Carta da ONU, de outro, direitos fundamentais e normas de *jus cogens*, a maioria dos tribunais tem optado pela prevalência destes últimos. Portanto, depreende-se que é pouco provável, na conjuntura internacional atual, que tribunais internos e regionais deixem de revisar uma resolução do CSNU, aparentemente incompatível com o direito internacional geral e direitos fundamentais, por conta do artigo 103 da Carta da ONU. Além disso, o artigo 103 não pode ser lido de forma a autorizar Estados a violarem normas de *jus cogens* e de direitos humanos. Uma resolução deve, em primeiro lugar, ser compatível com a Carta, para que então lhe seja dada prevalência no direito internacional.

Alguns críticos do controle de legalidade realizado por tribunais internos e regionais têm sustentado que “se realmente alguma Corte poderia exercitar um papel nessa seara, esta seria apenas a Corte Internacional de Justiça”.¹³⁴ Não há dúvida que a CIJ, como principal órgão judiciário das Nações Unidas, detém plena legitimidade para realizar o controle de legalidade sobre os atos do CSNU (artigo 9º de seu Estatuto). Estes críticos se esquecem, no entanto, que a CIJ já se absteve em diversas oportunidades de exercitar esse papel. Assim, enquanto a CIJ não realizar o controle, é bem provável – e até mesmo salutar – que outras jurisdições permaneçam a exercitá-lo, a fim de preencher o vácuo jurídico que existe a esse respeito.

Muitos acadêmicos sugerem que a decisão da Corte Constitucional Alemã no caso *Solange I* forçou a Comunidade Europeia a buscar maior proteção dos direitos fundamentais.¹³⁵ Analogamente, o posicionamento da CEJ tem provocado nas Nações Unidas uma reação semelhante, embora de menores proporções. A verdade é que ter as próprias resoluções questionadas *in judice* é um preço *político* muito alto a ser pago, e talvez por isso algumas mudanças institucionais já tenham sido empreendidas no CSNU. A primeira medida adotada foi um mecanismo de revisão periódica da Lista exercida pelo próprio Comitê de Sanções 1267.¹³⁶ A segunda medida foi a criação de um *Ombudsman* para assessorar indivíduos e entidades que buscam a

¹³⁴ RAMSES, A. Wessel. **Editorial: the UN, EU, and jus cogens**. In: *International Organizations Law Review*, v. 3, 2006. Tradução nossa.

¹³⁵ George Rodrigo Bandeira Galindo. **Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 241.

¹³⁶ Organização das Nações Unidas. Resolução 1822 (2008) do Conselho de Segurança, para. 25.

retirada de seus nomes das Listas Consolidadas.¹³⁷ Apesar das recentes reformas institucionais no Comitê de Sanções do CSNU, indivíduos e entidades permanecem sem garantias judiciais para questionar o teor da Lista Consolidada. Enquanto as Nações Unidas não organizarem um procedimento *judiciário* competente para averiguar a comissão de atos ilícitos por agentes ou órgãos da própria Organização, é provável que tribunais nacionais e regionais continuarão a assumir a tarefa de preencher essa lacuna.¹³⁸ Assim, as jurisprudências nacionais e regionais vão trilhado um caminho que muito se assemelha àquele percorrido pela Corte Constitucional Alemã no caso *Solange*.

Apesar da ampliação do direito material no âmbito do direito internacional público, o processo de constitucionalização não tem logrado alterar as regras de jurisdição.¹³⁹ Diante do quadro atual, é provável que os juízes regionais e internos continuem a exercer o controle de legalidade *incidental* sobre os atos do CSNU, tornando-o *difuso* na comunidade internacional. Além disso, em vista da concepção errônea de que direitos econômicos, sociais e culturais são meramente programáticos, é provável que o controle *difuso* continue a ser realizado principalmente sobre direitos individuais, como ocorreu no contexto da resolução 1267. Construído dessa maneira, o controle de legalidade será insuficiente para sanar vícios de resoluções gravosas à população civil, como ocorreu nos casos do Iraque e Haiti.

¹³⁷ Organização das Nações Unidas. Resolução 1904 (2009) do Conselho de Segurança, paras. 20 e 21.

¹³⁸ KÖLB, Robert. *Le contrôle de Résolutions contraignantes du Conseil de sécurité des Nations Unies par des juridictions internationales ou nationales sous l'angle du respect du jus cogens*, In: *Revue Suisse de Droit International et Droit européen*. n° 5, 2008, p. 408. Pronunciou-se no mesmo sentido o eminente professor Luigi Condorelli em seu Curso Geral de julho de 2010 na Academia de Direito Internacional da Haia.

¹³⁹ TRINDADE, Otávio Augusto Drummond Cançado. *A constitucionalização do direito internacional: hierarquia normativa, institucionalização e o papel de atores internos*. Tese de doutorado apresentada e aprovada em 1º de março de 2011, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

BIBLIOGRAFIA

I. Literatura Consultada

AKHAVAN, Payam. **Justice and reconciliation in the great lakes region of África: the contribution of the International Criminal Tribunal for Rwanda.** In: *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 7, 1997.

BEDJAOUI, Mohammed. **Nuevo orden mundial y control de legalidad de los actos del Consejo de Seguridad.** Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.

BÚRCA, Gráinne de. **The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi.** *Harvard International Law Journal*, v. 51, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; CASTRO, Marcus Faro de. **A sociedade democrática no final do século.** Brasília: Paralelo 15.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O direito internacional em um mundo em transformação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CHIMNI, B. S. **Third World Approaches to International Law: a Manifesto.** *International Community Law Review*, n. 8, 2006.

COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Iraq: a decade of sanction.** Publicado em 14 de dezembro de 1999. Disponível em <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jqap.htm>.

CONFORTI, Benedetto. Qualche riflessione sul contributo dei giudici internazionali ed interni al diritto internazionale. In: *Diritti Individuali e Giustizia Internazionale*, Liber Fausto Pocar. Org: Gabriella Venturini, Stefania Bariatti. Milão: Giuffrè Editore, 2009.

DÍAZ, Maria Eugenia López-Jacoiste. **Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas – la legalidad de sus decisiones y el problema de su control.** Madri: Civitas Ediciones, 2003.

ELBERLING, Björn. **The ultra vires-character of legislative action by the Security Council.** In: *International Institutional Reform: 2005 Hague joint Conference on Contemporary issues of International Law*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2007.

FASSBENDER, Bardo. **Targeted Sanctions and Due Process: the responsibility of the UN Security Council to ensure that fair and clear procedures are made available to individuals and entities targeted with sanctions under Chapter VII of the UN Charter.** Berlin: Humboldt University Berlin, 2006.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HELLYER, Paul. **U.N. Documents in U.S. Case Law.** In: *Law Library Journal*, vol. 99, 2007, pp. 73-86, disponível em: http://www.aallnet.org/products/pub_llj_v99n01/2007-04.pdf. Acessado em 28 de abril de 2011.

HERDEGEN, Mathias J. **The constitutionalization of the UN Security System.** *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, n. 27, 1994.

JOUANNET, E. **Les travaux préparatoires de la Charte des Nations Unies.** COT, J.; PELLET, A. (eds). *La Charte des Nations Unies: commentaire article par article.* Paris: Economica, 2005.

KOLB, Robert. **Le contrôle de Résolutions contraignantes du Conseil de sécurité des Nations Unies par des juridictions internationales ou nationales sous l'angle du respect du jus cogens,** In: *Revue Suisse de Droit International et Droit européen*. n° 5, 2008.

MARSCHIK, A. **Legislative Powers of the Security Council**. In: *Towards World Constitutionalism: issues in the legal ordering of the world community*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2005.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**, vol. 1. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 2005.

ORAKHELASHVILI, Alexander. **The acts of the Security Council: meaning and standards of review**. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 11, 2007.

PATRIOTA, Antônio de Aguiar. **O Conselho de Segurança após a Guerra do Golfo: a articulação de um novo paradigma de segurança coletiva**. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre de Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1998.

POSNER, Eric A. **Is the International Court of Justice biased?** *John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 234*, 2004. Disponível em <http://Lawecon/index.html://www.law.uchicago.edu>. Acessado em 25 de junho de 2011.

SCELLE, Georges. Règles générales du droit de la paix. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, La Haye, t. 46, pp. 350-362, 1933.

SENA, Pasquale De; VITUCCI, Maria Chiara. **The European Courts: between dédoublement fonctionnel and balancing of values**. In: *European Journal of International Law*, vol. 20, 2009.

TOMUSCHAT, Christian. **Uniting for Peace**. In *United Nations Audiovisual Library of International Law*. Disponível em: www.un.org/law/avl. Acessado em 13 de junho de 2011.

TRINDADE, Otávio Augusto Drummond Cançado. **A constitucionalização do direito internacional: hierarquia normativa, institucionalização e o papel de atores internos**. Tese de doutorado apresentada e aprovada em 1º de março de 2011, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

TSHIBANGU, KALULU. **La décision de l'OUA de ne plus respecter les sanctions décrétées par l'ONU contre la Libye: désobéissance civile des états africains à l'égard de l'ONU**. In: *Revue belge de droit international*, vol. 32, 1999.

TZANAKOPOULOS, Antonios. **Domestic Court Reactions to UN Security Council Sanctions**. In: *Challenging acts of international organizations before national courts*. Oxford: Oxford Press, 2010.

WERNER, Wouter G. **Securitization and judicial review: a semiotic perspective on the relation between the Security Council and international judicial bodies**. *International Journal for the Semiotics of Law*, n. 14, 2001.

WET, Erika de. **The chapter VII powers of the United Nations Security Council**. Oxford: Hart Publishing, 2004.

ZEMANEK, Karl. **New trends in the enforcement of erga omnes obligations**. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, n. 4, 2000.

II. Casos

CÂMARA DOS LORDES DO REINO UNIDO, *Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the cause Al-Jedda v Secretary of State for Defence*. In: Session 2007-08 [2007] UKHL 58, vol. 58, 2007.

CANADA. *Abdelrazik v. Canadá (Foreign Affairs)*, Corte Federal, julgamento de 4 de junho de 2009.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, petição no. 45036/98, julgamento de 30 de junho de 2005.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, petições no. 71412/01 e 78166/01, decisão de 2 de maio de 2007.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Al-Jedda v. Reino Unido*, petição no. 27021/08, sentença de 7 de julho de 2011.

CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakkat International Foundation v. Conselho da União Europeia & Comissão das Comunidades Europeias, Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*, sentença de 3 de setembro de 2008.

CORTE EUROPEIA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. *Kadi v. Conselho da União Europeia & Comissão das Comunidades Europeias*, sentença de 21 de setembro de 2005.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Admission of a State to the United Nations*. *I.C.J. Reports*, 1948.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, *I.C.J. Reports*, 1949.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Certain expenses of the United Nations*. *I.C.J. Reports*, 1962.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*. *I.C.J. Reports*, 1971.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. *I.C.J. Reports*, 1970.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*. *I.C.J. Reports*, 1980.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*. *I.C.J. Reports*, 1980.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*. *I.C.J. Reports*, 1992.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures*. *I.C.J. Reports*, 1993.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory*. *I.C.J. Reports*, 2004.

CORTE SUPREMA DO REINO UNIDO, *Her Majesty's Treasury v. Mohammed Jabar Ahmed and others, Her Majesty's Treasury v. Mohammed al-Ghabra, R. v. Her Majesty's Treasury*, julgamento de 27 de janeiro de 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Aaran Money Wire Services Inc. et al. v. United States*.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Al-Haramain Islamic Foundation v. Bush*.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Aqeel Abdulaziz Al-Aqeel v. Secretary of the Treasury*.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Al-Haramain Islamic Foundation v. United States Department of Treasure*.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *KindHearts for Charitable Humanitarian Development Inc v. Timothy Geithner*.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Yassin Abdullah Kadi v. United States Department of the Treasury*.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Prosecutor v. Dusko Tadić*. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 de outubro de 1995.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. *Prosecutor v. Kanyabashi*. Decision on Defence Motion on Jurisdiction, 18 de junho de 1997.

III. Documentos

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. *The Consolidated List established and maintained by the 1267 Committee with respect to Al-Qaida, Osama bin Laden, and the Taliban and other individuals, groups, undertakings and entities associated with them*. Disponível em: <http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/consolidatedlist.pdf>. Acessado em 25 de julho de 2011.

CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. *Opinion of Advocate General Poiares Maduro delivered on 16 January 2008*. Disponível em http://blogeuropa.eu/wp-content/2008/02/cnc_c_402_05_kadi_def.pdf. Acessado em 26 de maio de 2011.

U.N. Doc. S/PV 3175.

U.N. Doc. S/Res/912.

U.N. Doc. A/Res/377.

U.N. Doc. S/96/Rev.7.

U.N. Doc. A/Res/8082.

U.N. Doc. S/Res/1456.

U.N. Doc. E/C.12/1997/8.

U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Ass.13.

U.N. Doc. S/2011/245.

U.N. Doc. S/2010/497.

U.N. Doc. S/2009/502.

U.N. Doc. S/2009/245.

U.N. Doc. S/2008/324.

U.N. Doc. S/2007/677.

U.N. Doc. S/2007/132.

U.N. Doc. S/2006/750.

U.N. Doc. S/2006/154.

U.N. Doc. S/2005/572.

U.N. Doc. S/2005/83.

U.N. Doc. S/2004/679.

U.N. Doc. S/RES/1373.

UN Doc. S/2005/572.

UN Doc. S/2005/83.

UN Doc. S/2006/750.

U.N. Doc. S/Res/1822.

U.N. Doc. S/Res/1904.

U.N. Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006.